

# Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire <sup>252w8</sup>



Par  
Sophie ROUSSEL  
Maître des requêtes au  
Conseil d'État

## L'essentiel

Tous les deux mois, cette chronique revient sur l'actualité du contentieux du monde judiciaire. Une sélection de décisions commentées du Tribunal des conflits et du Conseil d'État fait le point de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux et libertés publiques, d'administration judiciaire et de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Ce mois-ci, sont commentées cinq décisions, dont une du Tribunal des conflits. Trois d'entre elles concernent l'univers pénitentiaire et sont relatives respectivement aux conditions d'indemnisation du préjudice causé à un détenu par une sanction irrégulière et aux mesures de contrôle du matériel informatique en prison. La quatrième consacre une obligation administrative d'agir pour assurer l'exécution d'une décision de justice, y compris dans le cas où le refus du concours de la force publique est légalement justifié. Enfin, la décision du Tribunal des conflits attribue à la juridiction administrative les litiges relatifs à des communiqués de mises en garde publiés par l'Autorité des marchés financiers.

## PLAN

|                                                   |       |
|---------------------------------------------------|-------|
| I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES..... | p. 34 |
| II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE.....                | p. 37 |
| III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES.....             | p. 39 |

## I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

### Indemnisation du préjudice causé par une sanction irrégulière : mode d'emploi <sup>253v5</sup>

**L'essentiel** Le Conseil d'État précise la méthode que doit suivre le juge pour déterminer si l'illégalité pour vice de procédure entachant une décision de sanction a causé à l'intéressé un préjudice susceptible de donner lieu à réparation.

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect. réunies, 18 nov. 2015, n° 380461, M. S., Lebon, M. Villette, rapp., M<sup>me</sup> Bokdam-Tognetti, rapp. publ. ; SCP Waquet, Farge, Hazan, av.

#### Note

Par la décision rapportée, le Conseil d'État précise quel raisonnement doit suivre le juge de plein contentieux saisi d'une demande de réparation d'un préjudice causé par l'illégalité externe entachant une décision de sanction.

Toute décision illégale est en principe fautive, quelle que soit la nature de l'illégalité qui l'entache. Pour autant, toute décision illégale n'ouvre pas droit à réparation. Il appartient à la personne qui sollicite le versement d'une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité entachant une décision de démontrer que celle-ci est directement à l'origine du préjudice allégué. Dans le cas où la décision est illégale à raison d'un vice de

procédure, si le préjudice ne résulte pas du vice lui-même mais de l'application justifiée des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, la demande indemnitaire ne peut qu'être rejetée, faute de lien de causalité direct entre l'illégalité et le préjudice : c'est là la portée de la jurisprudence de section du 19 juin 1981 (CE, 19 juin 1981, n° 20619, M<sup>me</sup> C., Lebon).

La décision du 18 novembre 2015 s'efforce, sur la base de critères dégagés par le rapporteur public à partir des cas d'application très divers de la jurisprudence de section M<sup>me</sup> C., de préciser, au point 2 de la décision, un mode d'emploi à l'attention du juge du plein contentieux saisi de conclusions indemnitaires tendant à obtenir la réparation du préjudice causé par une sanction infligée à une personne détenue entachée d'un vice de procédure. La solution retenue, qui revêt une portée générale, vaut cependant au-delà du seul champ pénitentiaire.

Aux termes de la décision rapportée, « il appartient au juge de plein contentieux, saisi de moyens en ce sens, de déterminer, en premier lieu, la nature de l'irrégularité en cause puis, en second lieu, de rechercher, en forgeant sa conviction au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties, si, compte tenu de la nature et de la gravité de cette irrégularité procédurale, la même décision aurait pu être légalement prise, s'agissant tant du principe même

de la sanction que de son quantum, dans le cadre d'une procédure régulière ».

Les deux temps de ce raisonnement comme les termes choisis pour la rédaction de la décision sont un écho direct aux remarquables conclusions d'Émilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public, proposant une mise en ordre du « massif, à première vue touffu et épineux » des rédactions nuancées des cas d'application de la jurisprudence *M<sup>me</sup> C.*, en distinguant la nature du vice de procédure en cause et celle de la décision prise.

En premier lieu, ainsi que le soulignait Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions, les illégalités procédurales ne sont pas toutes susceptibles d'avoir une influence sur la décision prise. Un vice de pure forme, tel un défaut de motivation, est par nature insusceptible d'avoir affecté le fond et le sens de la décision (CE, 21 mars 2008, n° 279074, Sté Terres et Demeures). En revanche, on ne peut par principe exclure, dans le cas où la décision aurait été incompétamment prise, une appréciation différente de l'autorité compétente ; en ce cas, le juge doit rechercher, pour apprécier le caractère direct du lien de causalité entre le vice de compétence et le préjudice allégué, si la même décision aurait dû, en tout état de cause, être prise par l'autorité qui aurait dû être saisie (CE, 6 oct. 2008, n° 290795, Sté HLM de la Réunion, Lebon, tables, p. 649). La nature de l'illégalité procédurale en cause n'est donc pas sans incidence sur le caractère direct du lien de causalité entre l'illégalité et le préjudice. C'est la raison pour laquelle le juge de plein contentieux doit, dans la première étape du raisonnement consacré par la décision du 18 novembre 2015, s'interroger sur la nature de l'illégalité en cause.

En second lieu, l'existence ou l'absence de lien de causalité entre le préjudice et l'illégalité dont la décision est affectée dépend également de la nature et de l'objet de la décision en cause. Émilie Bokdam-Tognetti dégageait dans ses conclusions deux cas de figure. Soit la décision procède d'une application de la réglementation en situation de « quasi compétence liée » et, dans ce cas, le vice procédural constaté est sans incidence sur le sens de la décision prise, pourvu qu'il ait été fait une correcte application des lois et règlements en vigueur à la situation de l'intéressé. Soit l'administration dispose, pour prendre sa décision, d'une marge d'appréciation ; le juge recherche alors si la même décision « aurait pu être légalement prise par l'administration » et si tel est le cas, il écarte l'existence d'un lien de causalité direct entre l'illégalité et le préjudice.

La décision de sanction en cause en l'espèce relève sans aucun doute possible de cette seconde catégorie, comme en atteste la rédaction du second temps du point 2, qui précise, par rapport au précédent du 7 juin 2010 B. (CE, 7 juin 2010,

n° 312909, B., Lebon, tables, p. 635-974), concernant le cas d'une sanction infligée à un militaire retirée par l'administration pour méconnaissance des droits de la défense, les éléments d'appréciation devant être pris en compte par le juge pour forger sa conviction. Cette rédaction, qui invite le juge à examiner la nature de l'illégalité en cause et sa gravité pour en apprécier l'incidence, « au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties », sur tous les éléments constitutifs de la décision de sanction – principe et quantum –, est parfaitement conforme aux recommandations du rapporteur public, qui invitait la formation de jugement à ne pas se poser la question de savoir si une décision identique aurait pu être légalement prise au terme d'une procédure régulière « de manière complètement éthérée et théorique », mais à « intégrer une approche probabiliste, en vous demandant si l'illégalité peut être regardée comme indifférente pour l'adoption de cette décision, ou s'il est possible de considérer, avec suffisamment de probabilité sinon de certitude, que la décision de l'administration aurait été différente en l'absence de ce vice. Le seul fait que l'administration disposait d'une marge de manœuvre lorsqu'elle a décidé d'agir ne saurait faire présumer que, si le processus d'élaboration de la décision était à refaire, elle aboutirait probablement à un résultat différent ». L'emploi du conditionnel – « aurait pu être légalement prise » – témoigne de cette approche probabiliste. Le mode d'emploi de la jurisprudence *M<sup>me</sup> C.* ainsi précisé invite le juge à opérer une balance non seulement entre la nature du vice de procédure constaté et le principe même de la sanction, afin de rechercher si, indépendamment de ce vice, la décision de sanction aurait pu être légalement prise, mais également entre la nature de ce vice et le quantum de cette sanction, afin d'évaluer si l'illégalité procédurale relevée aurait pu légalement conduire au choix de la même sanction parmi l'éventail des sanctions possibles ouvert par les textes.

On relèvera que le Conseil d'État n'a pas souhaité transposer au contentieux indemnitaire les critères de la jurisprudence D. (CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, D. et a., Lebon, p. 649), par souci, pour reprendre les termes employés par le rapporteur public, de ne pas « rigidifier l'approche fine et réaliste de votre jurisprudence [*M<sup>me</sup> C.*], laquelle nous paraît déjà permettre d'appréhender au plus juste l'existence d'un lien direct de causalité ». Les nombreux exemples donnés dans les conclusions montrent en effet que les deux critères de cette jurisprudence, qui n'admet l'annulation d'une décision administrative en raison d'un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, obligatoire ou facultative, que si celui-ci a eu une influence sur le sens de la décision prise ou s'il a privé les intéressés d'une garantie, n'épuisent pas les différents cas de figure.

## Contrôle de l'informatique en prison : quel est le champ des actes susceptibles de recours ? 253v6

**L'essentiel** Le Conseil d'État fait application des critères habituellement retenus afin de qualifier l'existence d'une mesure d'ordre intérieur pour déterminer si une mesure de contrôle par l'administration pénitentiaire des équipements informatiques des personnes détenues, la retenue de ces équipements et le refus d'autoriser un détenu à

acquérir un système d'exploitation pour son ordinateur constituent ou non des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect. réunies, 9 nov. 2015, n° 380982, M. D. S. P., Lebon, tables, M. Villette, rapp., M<sup>me</sup> Bretonneau, rapp. publ. ; SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, av.

## Note

Même si le contentieux de la fonction publique vient de fournir l'occasion au Conseil d'État de préciser le champ des décisions insusceptibles de recours s'agissant des mesures prises à l'égard des agents publics (CE, sect., 29 sept. 2015, n° 372624, M<sup>me</sup> B.), le service public pénitentiaire reste le domaine dans lequel le juge administratif est le plus fréquemment amené à se prononcer sur l'existence ou l'absence de mesures d'ordre intérieur. En témoignent deux décisions du 9 novembre 2015 qui portent sur l'accès des personnes détenues aux équipements informatiques.

À la date des décisions attaquées, le cadre juridique était fixé par l'article D. 449-1 du Code de procédure pénale aux termes duquel : « Les détenus peuvent acquérir par l'intermédiaire de l'administration et selon les modalités qu'elle détermine des équipements informatiques. / Une instruction générale détermine les caractéristiques auxquelles doivent répondre ces équipements, ainsi que les conditions de leur utilisation. En aucun cas, les détenus ne sont autorisés à conserver des documents, autres que ceux liés à des activités socioculturelles ou d'enseignement ou de formation ou professionnelles, sur un support informatique (...) ». Ces mêmes dispositions figurent désormais au VII de l'article 19 du règlement intérieur type des établissements pénitentiaires annexé à l'article R. 57-6-18 du Code de procédure pénale.

Dans la première affaire, une personne détenue demandait l'annulation de la décision par laquelle le directeur interrégional des services pénitentiaires avait refusé de faire droit à sa demande tendant à ce qu'il soit autorisé à acquérir un autre système d'exploitation pour son ordinateur. Le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel avaient rejeté cette demande comme dirigée contre une mesure insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Saisi en cassation, le Conseil d'État a confirmé cette qualification, par une décision du 9 novembre 2015 (n° 380982) qui témoigne que le reflux constant, depuis la jurisprudence *M.* (CE, ass., 17 févr. 1995, n° 97754, *M.*, Lebon, p. 83) des mesures d'ordre intérieur, dans l'univers carcéral, ne débouche pas sur leur disparition. Pour ce faire, la décision du 9 novembre 2015 fait application de la grille de critères consacrée par l'assemblée du contentieux dans les décisions *P.* et *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/B.* du 14 décembre 2007 (CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/B.*, Lebon, p. 495 – CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290420, *P.*, Lebon, p. 474). Comme il doit le faire en application du mode d'emploi délivré par ces deux décisions, le Conseil d'État s'est d'abord prononcé sur la catégorie dont relève la mesure litigieuse. Il a jugé qu'« eu égard à leur nature et à leurs effets sur la situation des détenus, les décisions de l'administration pénitentiaire refusant aux détenus la possibilité d'acquérir un système d'exploitation pour leur ordinateur, dès lors qu'elles ne privent pas la personne détenue de la possibilité effective d'utiliser cet équipement dans les limites définies par les dispositions précitées, ne constituent pas des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». En d'autres termes, l'accès au matériel informatique, qui est prévu par le Code de procédure pénale, n'implique pas que les personnes détenues aient le libre choix de leur système d'exploitation. C'est

pourquoi le Conseil d'État a jugé que dès lors qu'il n'a pas pour effet de priver le demandeur de l'usage effectif de son ordinateur, le refus opposé à la demande d'acquisition d'un autre système d'exploitation que celui utilisé constitue une mesure en principe insusceptible de recours.

Intervient ensuite le second temps du raisonnement : « l'injusticiabilité » de principe d'une catégorie de mesure est en effet toujours « sous réserve que ne soient pas en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ». Il revient au juge administratif de vérifier, au cas par cas, si la mesure litigieuse ne porte pas à ces droits et libertés une atteinte qui excède les contraintes inhérentes à leur détention. Dans une telle hypothèse, le recours pour excès de pouvoir est ouvert afin de permettre au juge de contrôler si cette atteinte est ou non légale. Au cas d'espèce, le Conseil d'État a estimé que les juges d'appel n'avaient pas commis d'erreur de droit en jugeant que tel n'était pas le cas et que, dès lors, le refus attaqué constituait une mesure d'ordre intérieur « après avoir souverainement constaté que, d'une part, la mesure litigieuse n'aggravait pas les conditions de détention du requérant dans la mesure où ce dernier ne disposait pas, jusqu'alors, du système d'exploitation dont il souhaitait faire l'acquisition et que, d'autre part, le système d'exploitation déjà installé sur l'ordinateur du requérant, tout en permettant un meilleur contrôle des données par l'administration pénitentiaire, lui offrait des possibilités d'utilisation équivalentes ou relativement proches ».

Dans la seconde affaire, la personne détenue attaquait à la fois la mesure de contrôle de son matériel informatique et la retenue de son ordinateur en vue d'une éventuelle procédure pénale. La décision du 9 novembre 2015 casse l'arrêt attaqué pour dénaturation des écritures du requérant, la cour administrative d'appel ayant regardé les conclusions dont elle était saisie comme dirigées contre la seule décision de contrôle de ses équipements informatiques, alors que le requérant demandait aussi l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision de retenue administrative de ces équipements à laquelle ce contrôle avait conduit. Mais cette cassation est précédée d'un considérant de principe à vocation pédagogique. Dans la perspective du règlement de l'affaire après renvoi devant les juges d'appel, le Conseil d'État a souhaité se prononcer sur la « justiciabilité » des mesures attaquées. Le cadre juridique était également fixé par l'article D. 449-1 du Code de procédure pénale alors applicable, aux termes duquel : « (...) Ces équipements ainsi que les données qu'ils contiennent sont soumis au contrôle de l'administration. Sans préjudice d'une éventuelle saisie par l'autorité judiciaire, tout équipement informatique appartenant à un détenu peut, au surplus, être retenu, pour ne lui être restitué qu'au moment de sa libération, dans les cas suivants : / 1° Pour des raisons d'ordre et de sécurité ; / 2° En cas d'impossibilité d'accéder aux données informatiques, du fait volontaire du détenu ».

Par la décision du 9 novembre 2015 (n° 383712), le Conseil d'État établit une distinction entre les deux mesures attaquées en jugeant que « si une mesure de contrôle par l'administration pénitentiaire des équipements informatiques des détenus, eu égard à sa nature et à l'importance de ses effets sur la situation des détenus, ne constitue pas, en elle-même, un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, tel n'est

en revanche pas le cas de la décision distincte de retenue de ces équipements qui, prise sur le fondement des dispositions précitées, le cas échéant, en résulte ». Eu égard à ses effets (la dépossession d'un matériel informatique qui prive la personne détenue de son usage) et à sa durée potentielle (qui peut s'étendre jusqu'à la fin de la détention), cette mesure coercitive dégrade les conditions de détention dans une mesure telle qu'elle doit pouvoir, dans tous les cas, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Ainsi que le relevait Aurélie Bretonneau, dans ses conclusions conformes, cette solution s'inscrit dans la ligne de la décision *Ministre de la Justice c/ H.* du 10 octobre 1990 (CE, 10 oct. 1990, n° 107266, *Ministre de la Justice c/ M. H., Lebon*, tables) qui ouvre le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des mesures de rétention de périodiques destinés aux personnes détenues.

## II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

### Exécution d'un jugement d'expulsion : obligations pesant sur l'administration justifiant légalement le refus du concours de la force publique <sup>253w3</sup>

**L'essentiel** Le Conseil d'État consacre, dans l'hypothèse où l'administration est fondée à refuser le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision juridictionnelle pendant une durée manifestement excessive, une obligation pour celle-ci d'accomplir les diligences appropriées pour permettre l'exécution de la décision.

CE, 5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> ss-sect. réunies, 27 nov. 2015, n° 376208, *Sté Usine du Marin, Lebon*, M<sup>me</sup> Perrière, rapp., M. Polge, rapp. publ. ; SCP Didier, Pinet, av.

#### Note

Aux termes de l'article L. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution : « L'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation ». Ces dispositions, issues de l'article 16 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, sont un écho dans notre droit positif à la célèbre jurisprudence *Couitéas* de 1923, selon laquelle « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtu de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré », et que si les pouvoirs publics ont le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force, tant qu'ils estiment qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, « le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé, (...) il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ». Le refus de prêter son concours à l'exécution d'une décision de justice ouvre donc droit à réparation pécuniaire soit lorsque le refus est injustifié, soit lorsque, quoique légal, ce refus a causé un préjudice. Le risque de troubles graves à l'ordre public constitue le principal motif, jugé légitime et légal, de refus du concours de la force publique pour l'exécution forcée d'un jugement, y compris aux yeux du Conseil constitutionnel.

Par sa décision du 29 juillet 1998 <sup>(1)</sup>, celui-ci a ainsi admis, à l'instar du Conseil d'État dans sa jurisprudence *Couitéas*, que, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative puisse, sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (DDHC), refuser son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle. Le juge de cassation exerce un contrôle de qualification juridique sur l'existence de considérations impérieuses tenant à la sauvegarde de l'ordre public justifiant légalement un refus de concours <sup>(2)</sup>.

À ce motif, admis de longue date, s'ajoute celui, dégagé plus récemment <sup>(3)</sup>, tiré de considérations impérieuses tenant à la survenance de circonstances postérieures à la décision judiciaire d'expulsion telles que l'exécution de celle-ci serait susceptible d'attenter à la dignité de la personne humaine.

Dès lors, deux configurations sont possibles. Soit la décision de refus du préfet est entachée d'illégalité ou n'est pas justifiée par l'un des deux motifs rappelé au point 3 de la décision rapportée, et un recours en annulation pour excès de pouvoir pourra alors être formé devant le juge administratif, qui pourra adresser une injonction au préfet d'accorder le concours de la force publique, sans préjudice du droit pour le créancier d'obtenir la condamnation de l'État à des dommages-intérêts en cas de faute génératrice d'un dommage. Soit la décision de refus de prêter le concours de la force publique est légale, et, même dans ce cas, le préjudice qui en est résulté pour le créancier, dans l'intérêt général, ouvre droit à réparation pécuniaire, sur le terrain de la responsabilité sans faute de l'État pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

La décision du 27 novembre dernier vient, sous l'aiguillon de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), compléter la seconde de ces deux

(1) Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, consid. 46.

(2) V. le point 5 de la décision rapportée.

(3) CE, 30 juin 2010, n° 332259, *ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des collectivités territoriales c/ M. et M<sup>me</sup> Ben Amour, Lebon*.

hypothèses en traitant, sous un angle dynamique, le cas d'un refus prolongé de prêter son concours à l'exécution d'une décision de justice, pour des motifs pourtant légaux. Est consacrée dans cette hypothèse de refus de concours de la force publique une obligation subsidiaire d'agir en vue de l'exécution de la chose jugée, alors que notre état du droit national semblait jusqu'à présent se satisfaire dans un tel cas de la seule réparation indemnitaire.

La CEDH considère en effet que le droit à l'exécution d'une décision de justice constitue l'un des aspects du droit d'accès à un tribunal <sup>(4)</sup> et en déduit en conséquence que l'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit doit être considérée comme faisant partie du « procès équitable » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention européenne). Sa jurisprudence est particulière exigeante dans le cas où, comme en l'espèce, l'inexécution de la décision de justice interdit à l'intéressé de recouvrer la jouissance de son bien, en violation de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne <sup>(5)</sup>. Si la Cour reconnaît aux États une certaine marge d'appréciation dans la conciliation entre, d'une part, l'obligation d'exécution la décision et, d'autre part, la prévention des troubles à l'ordre public, elle impose dans tous les cas à l'État une obligation d'agir dans un délai raisonnable, ce qui implique que celui-ci mette en œuvre l'ensemble de ses pouvoirs pour permettre au propriétaire de recouvrer la possession de son bien. L'État doit par exemple chercher une solution amiable <sup>(6)</sup>, une solution de relogement pour les occupants sans titre <sup>(7)</sup> ou encore réévaluer la situation <sup>(8)</sup>. Selon la Cour, le refus prolongé d'apporter le concours de la force publique peut même, dans certaines circonstances, « aboutir à une sorte d'expropriation privée dont l'occupant illégal s'est retrouvé bénéficiaire ». En outre, celle-ci « est d'avis que l'attribution de ces indemnités [celles réparant le préjudice de privation de jouissance] n'est pas de nature à compenser l'inaction des autorités » <sup>(9)</sup> : la réparation pécuniaire n'épuise pas l'obligation d'exécuter la chose jugée.

Cette obligation d'agir par tous moyens, passé un certain délai, indépendamment des motifs justifiant légalement le refus du concours de la force publique, trouve, par la décision rapportée, une consécration en droit interne. Le point 4 de la décision du 27 novembre 2015 détaille le réglage de cette obligation et la façon selon laquelle celle-ci peut être appréhendée par le juge, en dehors du cas classique, toujours admis, où le titulaire d'une décision de justice demande à l'administration de prendre une mesure – par exemple concernant le relogement des occupants sans titre de sa propriété – et attaque ensuite devant le juge de l'excès de pouvoir le refus qui lui a été opposé, en assortissant le cas échéant sa demande de conclusions à fin d'injonction et d'astreinte.

L'obligation de moyens pesant sur l'administration ne naît qu'après une première démarche de l'intéressé tendant

à l'octroi du concours de la force publique et l'écoulement, après un premier refus opposé à cette demande, d'une certaine durée que la décision qualifie de « manifestement excessive ». Le point de déclenchement de cette obligation positive, lié à l'écoulement de ce délai, fera nécessairement l'objet d'une appréciation contingente, fonction des circonstances de l'espèce et de la difficulté à trouver des solutions pour mettre fin à l'occupation illicite des lieux sans recourir à l'usage de la force publique. Passé ce délai, le juge requalifie d'office la demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'un nouveau refus de concours de la force publique comme également dirigée contre le refus d'accomplir les diligences appropriées pour mettre en œuvre l'obligation de rechercher toute mesure de nature à permettre de mettre fin à l'occupation illicite des lieux. Ce nouveau refus, auquel s'incorpore le refus d'agir, pourra ainsi être annulé par le juge alors même que des considérations impérieuses justifieraient toujours un refus de concours de la force publique. Le juge pourra également, saisi de conclusions en ce sens, enjoindre au représentant de l'État, le cas échéant sous astreinte, d'accomplir les diligences nécessaires, dans le délai qu'il fixe.

Ce faisant, le Conseil d'État donne toute sa portée utile à la jurisprudence de la CEDH et au droit au respect des biens – garanti également en droit interne par les articles 2 et 17 de la DDHC – en évitant au requérant, par la requalification d'office du refus de concours en refus d'agir, les complications inutiles qu'impliqueraient pour lui la présentation d'une demande de faire puis l'introduction d'un recours, indépendamment du contentieux sur refus de concours lui-même, contre le refus d'agir. On notera que la jurisprudence de la CEDH retient quant à elle l'écoulement d'un délai « raisonnable ». Le critère plus restrictif retenu par le juge national vise à éviter l'afflux d'un trop grand nombre de requêtes s'ajoutant au contentieux indemnitaire concernant les refus de concours.

Deux manières d'exécuter les décisions de justice sont donc désormais susceptibles d'être mises en œuvre. La première, qui correspond aux situations les plus fréquentes, consiste à solliciter auprès de l'administration le concours de la force publique. La seconde, pour la première fois consacrée en droit français, est une obligation positive d'agir, de rang subsidiaire, dans le cas où une exécution forcée est exclue. Elle impose à l'administration de rechercher tout moyen permettant de créer les conditions favorables à l'exécution de la décision juridictionnelle. Cette obligation peut désormais être sanctionnée à l'occasion d'un recours contre un nouveau refus de concours de la force publique, par une annulation « en tant que » ce refus comporte aussi le refus d'accomplir les diligences appropriées pour mettre en œuvre l'obligation de rechercher toute mesure de nature à permettre l'exécution de la décision.

(4) CEDH, 19 mars 1997, n° 18357/91, *Épx Hornby c/ Grèce*, § 40.

(5) Par ex., CEDH, 21 janv. 2010, n° 13829, *Barret et Sirjean c/ France*, § 45.

(6) CEDH, 21 janv. 2010, n° 13829, *Barret et Sirjean c/ France*, § 44.

(7) CEDH, 31 mars 2005, n° 62740/00, *Matheus c/ France*, § 59 – CEDH, 2 déc. 2010, n° 6722/05, *Sud Est Réalisation c/ France*.

(8) CEDH, 21 janv. 2010, n° 10271/02, *RP c/ France*, § 41.

(9) CEDH, 31 mars 2005, préc., § 71 – CEDH, 2 déc. 2010, préc., § 59.

### III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

#### Compétence de la juridiction administrative pour connaître de communiqués publiés par l'AMF <sup>253v7</sup>

**L'essentiel** La juridiction administrative est compétente pour connaître de la demande tendant à l'annulation de communiqués de mise en garde publiés par l'Autorité des marchés financiers (AMF) à l'intention des investisseurs et épargnants, dans le cadre sa mission de service public, ainsi que celle tendant à l'annulation du refus de les rectifier.

T. confl., 16 nov. 2015, n° C4026, Sté Fairvesta International GmbH et a. c/ Autorité des marchés financiers, Lebon, M. Arrighi de Casanova, prés., M<sup>me</sup> Canas, rapp., M. Dacosta, commissaire du gouvernement

#### Note

La question renvoyée par le Conseil d'État au Tribunal des conflits, qui portait sur la compétence pour connaître du litige né de l'action tenant à l'annulation de communiqués par l'Autorité des marchés financiers (AMF) sur son site internet, destinés à mettre en garde les investisseurs et les épargnants sur les activités d'une société de droit allemand, est symptomatique des nouveaux modes d'action des autorités administratives indépendantes intervenant en matière de régulation économique et financière.

Le recours à ces formes de « droit souple » [auquel le Conseil d'État a consacré son étude annuelle 2013], dont l'efficacité repose, tout particulièrement dans le domaine de compétence de l'AMF, sur les anticipations des acteurs économiques mais dont la « justiciabilité » est à ce jour incertaine, n'a pas été anticipé par le législateur ni le pouvoir réglementaire au moment de rédiger les textes organisant le partage de compétence entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire pour connaître des litiges dirigés contre les décisions de cette autorité.

S'il ne fait aucun doute que le juge administratif est compétent pour connaître des recours dirigés contre l'exercice, par l'AMF, d'un pouvoir réglementaire à travers le règlement général qu'elle adopte et publie, après homologation du ministre de l'Économie, la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions s'agissant des décisions individuelles qu'elle prend – au titre de ses pouvoirs de police à travers ses décisions de visas ou d'agrément ou de sanctions – répond à une logique plus subtile, héritée du partage entre les deux ordres juridictionnels des litiges concernant les décisions prises par le conseil des marchés financiers, la commission des opérations de bourse et le conseil de discipline de la gestion financière, fusionnés par la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 pour former l'AMF. Aux termes de l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier : « L'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 est de la compétence du juge judiciaire (...) ». C'est ainsi la nature

de la personne sanctionnée qui détermine la compétence juridictionnelle pour connaître des décisions individuelles prises par l'AMF.

En dehors des décisions individuelles mentionnées à l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier, pour lesquelles la compétence de l'ordre juridictionnel en cas de recours est directement déterminée par le législateur, la compétence est administrative.

C'est ce qu'a rappelé le Tribunal des conflits à l'occasion d'une question soulevée dans le cadre d'une action indemnitaire introduite par un prestataire de services d'investissement à raison du fonctionnement défectueux des services de l'AMF, dans un arrêt du 2 mai 2011 (CE, 2 mai 2011, n° 3766, Sté Europe Finance et Industrie c/ Autorité des marchés financiers, Lebon) : la responsabilité qui peut incomber aux personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public et relève de la juridiction administrative, sauf si la loi a expressément dérogé à ce principe. L'article L. 621-30 du Code monétaire et financier, qui réserve à l'autorité judiciaire compétence pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF, y compris les sanctions, autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9, constitue donc une dérogation à ce principe. Il s'en suit logiquement la compétence de l'autorité judiciaire pour connaître des actions en réparation fondées sur l'illégalité de ces décisions. En revanche, et en dehors de ces cas, le juge administratif reste compétent pour connaître des actions en responsabilité engagées à l'encontre de cette autorité publique indépendante à raison des fautes commises dans l'exercice de ses missions de surveillance et de contrôle.

Pour répondre à la question de compétence renvoyée par le Conseil d'État, le Tribunal des conflits devait donc s'interroger sur la question de savoir si les communiqués en cause avaient ou non la nature de décisions individuelles au sens de l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier, ce qui, selon la réponse donnée, impliquait soit un partage de compétence entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire selon la nature de l'entité visée par ces communiqués, soit une compétence exclusive de l'ordre administratif dans le prolongement de la jurisprudence *Société Europe Finance et Industrie* du 2 mai 2011, sans qu'il soit besoin de rechercher si les communiqués contestés se rapportaient ou non à des personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9.

Le commissaire du gouvernement, Bertrand Dacosta, proposait dans ses conclusions de ne pas reconnaître aux communiqués de mise en garde litigieux le caractère de décisions individuelles au sens de l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier, rappelant la définition donnée par le professeur Chapus : « pour qu'une décision puisse être reconnue comme individuelle, il est nécessaire que la norme qu'elle édicte ait pour destinataire une ou

plusieurs personnes nominativement désignées ». Ainsi que le relève la décision du Tribunal des conflits, conforme aux conclusions, ces communiqués sont publiés « à l'intention des investisseurs et épargnants », qui constituent une catégorie de destinataires indéterminée, et ne sont donc pas des décisions individuelles au sens de l'article L. 621-30. La circonstance que le nom des sociétés dont les pratiques sont mises en cause soit mentionné dans ces communiqués est, à cet égard, sans incidence. Certains communiqués visant à alerter le public ne réfèrent d'ailleurs pas aux pratiques d'une société nommément désignée.

En jugeant que les communiqués publiés par l'AMF à l'intention des investisseurs et des épargnants ne constituent pas des décisions individuelles au sens des dispositions de l'article L. 621-30 du code, le Tribunal des conflits les place hors du champ de la dérogation expresse organisée par le législateur. Il les inscrit au contraire dans la veine jurisprudentielle ouverte par la décision *Société Europe Finance et Industrie* du 2 mai 2011, en précisant que ces communiqués se rattachent à la mission de service public, énoncée à l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier, en vertu duquel l'AMF veille à la protection de l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés financiers.

On relèvera par ailleurs que la juridiction a choisi de ne pas opérer de distinction entre le communiqué lui-même et la décision refusant de le modifier, alors qu'on aurait pu estimer qu'une telle décision de refus, provoquée par la demande d'une personne déterminée, avait le caractère

d'une décision individuelle. Cette solution repose sur la logique des blocs de compétences, qui répond au souci d'une bonne administration de la justice. Il aurait en effet été peu souhaitable, dans le cas où le communiqué en cause concernerait une personne non mentionnée au II de l'article L. 621-9 du code, de confier à des ordres juridictionnels différents le litige relatif au communiqué et celui dirigé contre le refus de le modifier.

Enfin, la décision se garde bien de prendre parti sur les questions de recevabilité situées en aval de la question de compétence renvoyée par le Conseil d'État au Tribunal des conflits, en particulier sur celle de savoir si de telles décisions, qui n'ont par elle-même pas de caractère décisive, sont ou non susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les dégagements du commissaire du gouvernement sur ce point ne trouvent en conséquence pas d'écho dans la décision rapportée. Peut-être inspireront-ils le Conseil d'État lorsqu'il lui reviendra de trancher ces questions, dans un contexte où la pratique de l'AMF en matière de communiqués n'est, parmi les autorités administratives indépendantes intervenant dans le champ économique, pas isolée. Il n'est en effet guère douteux, compte tenu en particulier des termes de la décision du Tribunal des conflits, que les communiqués litigieux seront rattachés au 4° de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, qui attribue au Conseil d'État en premier et dernier ressort les recours dirigés contre les décisions des principales autorités administratives indépendantes, dont l'AMF, lorsque celles-ci sont prises au titre de leur mission de contrôle et de régulation.