

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire ^{264v2}



Par
Mattias GUYOMAR
Conseiller d'État,
professeur associé de
droit public à l'université
Panthéon-Assas (Paris 2)



et **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, cinq décisions sont commentées, dont deux du Tribunal des conflits. Les décisions du Conseil d'État concernent respectivement la communication de données de santé à caractère personnel issues de fichiers, dans l'hypothèse d'un risque d'interférence avec des procédures juridictionnelles en cours, la responsabilité civile professionnelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et l'articulation des interventions respectives du juge administratif et de l'autorité judiciaire en cas de contestation d'une mesure d'éloignement forcé d'un étranger placé en rétention administrative. Celles du Tribunal des conflits attribuent à la juridiction administrative, d'une part, le recours contre une sentence arbitrale relative à un contrat conclu par un EPIC avec des sociétés privées et cédé avec effet rétroactif à une personne privée, d'autre part, le litige relatif à une liste d'auxiliaires de droit privé de la justice judiciaire.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES	p. 24
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE.....	p. 27
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES.....	p. 28

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

Communication de données de santé à caractère personnel issues de fichiers : quelles sont les règles applicables ? ^{265h4}

L'essentiel Le Conseil d'État définit l'articulation entre les dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 relatives à la liberté d'accès aux documents administratifs et celles de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés » lorsque sont en cause des données de santé à caractère personnel issues de fichiers. Il précise en outre le cas dans lequel le risque d'atteinte sur des procédures juridictionnelles en cours justifie le refus de communiquer de telles données.

CE, 1^{re} et 6^e ss-sect. réunies, 30 déc. 2015, n° 372230, Sté Les laboratoires Servier, Lebon, M^{me} Sirinelli, rapp., M. Lessi, rapp. publ. ; SCP Delaporte, Briard, Trichet, SCP Foussard, Froger, av.

Note par
Sophie ROUSSEL

La décision ici rapportée constitue l'une des multiples facettes contentieuses de l'affaire dite du « Mediator », spécialité pharmaceutique antidiabétique exploitée par la société Les laboratoires Servier, fréquemment prescrite comme coupe-faim et suspectée d'être à l'origine d'une augmentation du risque de valvulopathies entre 1973 et 2010, date de son retrait du marché. Plusieurs procédures, civiles et pénales, ont été engagées à l'encontre de la société Les laboratoires Servier. Le litige dont était saisie la juridiction administrative s'est noué autour de la demande, faite par la société Servier

à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS), d'accéder aux données sources de deux études, réalisées au moyen notamment des données du Système national d'information inter-régimes de l'assurance maladie (SNIIRAM), faisant apparaître un taux de pathologies cardiaques et de décès plus élevé pour les personnes exposées au principe actif de la spécialité « Mediator », le benfluorex, et figurant au dossier du juge judiciaire.

Après que la CNAMTS a refusé d'accéder à la demande du laboratoire, celui-ci a saisi la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), qui a rendu un avis défavorable sur la communication des données sources des deux études. La CNAMTS a ensuite confirmé son refus de communiquer les documents et c'est ce refus que le laboratoire a contesté devant le tribunal administratif de Paris puis, après le rejet de sa demande de première instance, en cassation devant le Conseil d'État, conformément aux dispositions du 2° de l'article R. 811-1 du Code de justice administrative qui dispense d'appel les litiges en matière de communication de documents administratifs.

La décision du 30 décembre dernier revêt une double portée. D'une part, elle définit l'articulation entre la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et les dispositions du titre I^{er} de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, lorsqu'est en cause la communication de données à caractère personnel traitées dans un fichier automatisé ayant également le caractère de documents administratifs. D'autre part, elle précise l'hypothèse dans laquelle le risque d'atteinte sur le déroulement de procédures juridictionnelles en cours fait obstacle à la communication de telles données.

La première difficulté de cette affaire venait du fait que les données demandées par la société Les laboratoires Servier, d'une part, avaient le caractère de données de santé à caractère personnel, d'autre part, étaient rassemblées dans un fichier informatique, le SIIRAM. Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence d'assemblée *Bertin* (CE, ass., 19 mai 1983, n° 40680 : Lebon) de 1983, selon laquelle la communication de traitements informatisés d'informations nominatives et l'accès aux documents administratifs sont des régimes exclusifs, ces caractéristiques auraient suffi, comme le soulignait le rapporteur public Jean Lessi dans ses conclusions conformes, à rendre inapplicables les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à l'accès aux documents administratifs. C'était sans compter l'intervention du législateur en 2004 qui a prévu, à l'article 37 de la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés », que « les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à l'application, au bénéfice de tiers, des dispositions du titre I^{er} de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 » relatives à l'accès aux documents administratifs et que « en conséquence, ne peut être regardé comme un tiers non autorisé au sens de l'article 34 le titulaire d'un droit d'accès aux documents administratifs (...) exercé conformément à la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée ». La décision rapportée confirme donc, en se fondant à son point 2 expressément sur ces dispositions modifiées en 2004, l'applicabilité, pour un tiers tel que la société Servier, du régime de l'accès aux documents administratifs, et ce alors même que la demande

de communication portait sur des données de santé nominatives consignées dans un traitement informatisé.

Reste que si un droit d'accès aux documents administratifs est reconnu au tiers dans une telle hypothèse, celui-ci est très strictement encadré. En principe en effet, et ainsi qu'en dispose le II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, ne sont pas communicables à des tiers les documents administratifs dont la communication porterait atteinte, notamment, à la protection de la vie privée ou au secret médical. Si le III de ce même article autorise néanmoins la communication d'un tel document, c'est donc à la condition qu'il soit possible d'occulter ou de disjoindre les mentions non communicables, en l'espèce, celles portant atteinte à la protection de la vie privée ou au secret médical. La décision du 30 décembre 2015 procède à une lecture stricte de ces dispositions, en indiquant « qu'il ne peut être accédé à une demande de communication sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978 que si le traitement nécessaire pour rendre impossible, s'agissant de données de santé, toute identification, directe ou indirecte, de l'une quelconque des personnes concernées, y compris par recoupement avec d'autres données, n'excède pas l'occlusion ou la disjonction des mentions non communicables, seule envisagée par cette loi ». La décision est fidèle à la jurisprudence selon laquelle la loi du 17 juillet 1978 n'impose jamais à l'administration d'élaborer un document qui ne préexiste pas à la demande. Dans le cas où l'opération nécessaire pour rendre non identifiantes les données à caractère personnel contenues dans le SIIRAM excéderait l'occlusion ou la disjonction des mentions non communicables, c'est-à-dire excéderait une manipulation assez sommaire, la communication de ces données sur le fondement des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 relatives à la liberté d'accès aux documents administratifs est exclue. Ces données ne peuvent dès lors être communiquées que dans le cadre des dispositions spéciales de la loi informatique et libertés, en l'espèce celles des chapitres IX et X de la loi relatifs respectivement aux traitements de données à caractère personnel ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et aux traitements de données de santé à caractère personnel à des fins d'évaluation ou d'analyse des pratiques ou des activités de soins et de prévention, abrogées depuis lors par l'article 193 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

Le deuxième apport de cette affaire concerne les limites fixées au droit d'accès aux documents administratifs – indépendamment de leur nature de données à caractère personnel ou de leur traitement dans un fichier informatique – dans l'hypothèse d'un risque d'interférence avec une procédure juridictionnelle en cours. Ce cas est régi par les dispositions du I de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, reprises au livre III du nouveau Code des relations entre le public et l'administration, issu de l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2016 et entré en vigueur au 1^{er} janvier de cette année, selon lesquelles : « Ne sont pas communicables : (...) 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : (...) f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ». L'un des motifs du jugement attaqué pour rejeter le recours des laboratoires Servier était en effet

que les deux études avaient été produites dans le cadre de l'information judiciaire ouverte à l'encontre de la société, laquelle avait été mise en examen, et qu'elles faisaient l'objet d'une expertise judiciaire en cours dans le cadre de cette information judiciaire.

La société Les laboratoires Servier avait tout d'abord greffé au présent litige une question prioritaire de constitutionnalité contre les dispositions précitées, en invoquant des griefs fondés sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en ce qu'il garantit le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure contentieuse et le droit à un recours juridictionnel effectif. Le Conseil d'État a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel cette question, par une décision du 26 décembre 2013 (CE, 26 déc. 2013, n° 372230, Sté Les laboratoires Servier : Lebon, tables), aux conclusions conformes d'Alexandre Lallet. Synthétisant la jurisprudence, cette décision de non-transmission rappelle que la seule circonstance que la communication d'un document administratif soit de nature à affecter les intérêts d'une partie à une procédure juridictionnelle ne suffit pas à fonder un refus de communication (CE, 16 avr. 2012, n° 320571, Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique c/ T. : Lebon, tables), pas plus que la circonstance qu'un document soit coté au dossier d'instruction du juge pénal (CE, 5 mai 2008, n° 309518, Sté anonyme Baudin Châteauneuf : Lebon). La décision ajoute par ailleurs que « pour assurer le respect tant du principe constitutionnel d'indépendance des juridictions, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, résultant des articles 12, 15 et 16 de cette Déclaration, le législateur a pu exclure la communication des documents administratifs, sauf autorisation donnée par l'autorité judiciaire ou par la juridiction administrative compétente, dans l'hypothèse où cette communication risquerait d'empiéter sur les compétences et prérogatives de cette autorité ou de cette juridiction, auxquelles il appartient seules, dans le cadre des procédures engagées devant elles et en vertu des principes et des textes qui leur sont applicables, d'assurer le respect des droits de la défense et le caractère contradictoire de la procédure ». La juridiction devant laquelle une procédure est cours est donc seule compétente, de façon exclusive, pour apprécier le risque d'interférence entre le déroulement de cette procédure et la communication de documents administratifs relevant du champ d'application de loi du 17 juillet 2008. Il s'ensuit que l'autorité administrative est tenue de rejeter la demande de communication qui porte sur un document en principe non communicable, sauf autorisation donnée par la juridiction, administrative ou judiciaire, devant laquelle les procédures sont pendantes.

Le point 4 de la décision du 30 décembre dernier fait application de ce cadre juridique, rappelé à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité, dans l'hypothèse du litige. Les documents sollicités étaient des études produites dans le cadre de l'information judiciaire ouverte contre la société requérante, mise en examen, et qui faisaient l'objet d'une expertise judiciaire en cours dans le cadre de cette information judiciaire. En outre, le contenu de ces documents, qui mettaient en lumière les effets secondaires du Mediator, constituait un élément essentiel de la caractérisation des

éléments matériels de l'infraction pour laquelle la société Les laboratoires Servier était poursuivie. S'ajoute à ces éléments expressément relevés dans la décision du Conseil d'État le fait, rappelé par le rapporteur public dans ses conclusions, que les laboratoires Servier avaient demandé au juge d'instruction de faire usage de ses pouvoirs et d'ordonner à la CNAMTS de communiquer les données sources des deux études, ce que ce juge a refusé par une ordonnance du 8 mars 2012 confirmée par la chambre d'accusation de la cour d'appel. On notera enfin que la décision rapportée ne retient pas comme critère permettant de caractériser le risque d'interférence avec une procédure juridictionnelle en cours les motifs de la demande de communication présentée sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, en l'espèce, le fait que, par l'accès à ces données, la société Servier entendait faire valoir ses droits de défendeur au procès pénal. Les dispositions de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 sont en effet exclusivement centrées sur les effets que la consultation ou la communication de documents administratifs est susceptible d'avoir. La légitimité de la demande est indifférente, dans cette hypothèse particulière comme dans toutes celles couvertes par la loi du 17 juillet 1978, et ne fait donc l'objet d'aucun contrôle.

La décision commentée a en outre permis au Conseil d'État de préciser l'office du Conseil d'État, juge de cassation, face à un jugement reposant sur plusieurs motifs dont l'un est erroné, défini par la jurisprudence *Commune de Barcarès* (CE, sect., 22 avr. 2005, n° 257877, Commune de Barcarès : Lebon). En vertu de cette jurisprudence, dans l'hypothèse où l'un des moyens retenus par les juges du fond peut suffire à justifier le dispositif de la décision juridictionnelle, le juge de cassation, après avoir censuré les motifs erronés, rejette le pourvoi. Le Conseil d'État a fait évoluer cette grille d'analyse, en renonçant à contrôler, dès lors qu'un des motifs de la décision attaquée en justifie le dispositif, la régularité externe des autres motifs, qu'il regarde alors comme surabondants. Un premier mouvement en ce sens avait été opéré dans une décision du 18 novembre 2015 (CE, 18 nov. 2015, n° 369502, M. et M^{me} A. : Lebon, tables), par laquelle le Conseil d'État a accepté de procéder à une substitution de motifs en cassation alors même que le motif erroné était ciblé par un moyen d'insuffisance de motivation : le moyen tiré de l'insuffisance de motivation d'un motif erroné auquel le juge de cassation substitue un autre motif devient, du fait de cette substitution, inopérant. Le Conseil d'État franchit un pas supplémentaire dans la présente affaire, en regardant comme surabondants les motifs autres que celui justifiant nécessairement, à lui seul, le dispositif de rejet du jugement attaqué. Il en résulte que les moyens tirés de ce que ces motifs seraient entachés d'insuffisances de motivation et d'erreur de droit sont inopérants. La réserve faite par la décision *Commune de Barcarès* du cas dans lequel la décision déferée au juge de cassation aurait été rendue dans des conditions irrégulières est donc abandonnée, du moins dans l'hypothèse d'une insuffisance de motivation ciblée sur l'un des motifs du jugement. Sans doute cette réserve demeurerait-elle dans le cas d'une irrégularité fondée sur un vice entachant l'intégralité de la procédure devant les juges du fond. On peut s'interroger sur la conformité à l'esprit de la jurisprudence *Commune de Barcarès* de cette dernière évolution qui consiste à regarder comme inopérant le moyen non seulement d'insuffisance de motivation, mais également d'erreur de droit, dirigé contre l'un des motifs surabondant.

II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE

Le préjudice moral causé par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation est au nombre des préjudices indemnisables ^{265h7}

L'essentiel La circonstance que l'irrecevabilité opposée au pourvoi d'un requérant, imputable à son avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ne l'a pas privé d'une chance sérieuse d'obtenir gain de cause ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé demande réparation à cet avocat du préjudice moral qui a pu lui être ainsi occasionné.

CE, 6^e et 1^{re} ss-sect. réunies, 11 déc. 2015, n° 384242, M. et M^{me} C., Lebon, tables, M. Beaufils, rapp., M. de Lesquen, rapp. publ. ; SCP Tiffreau, Marlange, de la Burgade, SCP Boutet, Hourdeaux ; SCP Bore, Salve de Bruneton, av.

Note par
Sophie ROUSSEL

En vertu du deuxième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 qui réunit, sous

la dénomination d'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'Ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe le nombre des titulaires et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'Ordre, dans sa rédaction issue du décret n° 2002-76 du 11 janvier 2002 relatif à la discipline des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation : « (...) Les actions en responsabilité civile professionnelle engagées à l'encontre d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation sont portées, après avis du conseil de l'Ordre, devant le Conseil d'État, quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas (...) ».

Le Conseil d'État avait jusqu'alors l'habitude, dans le cadre de ce type d'action tendant à la mise en cause de la responsabilité civile professionnelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de statuer sur des conclusions indemnitaires tendant à la réparation du préjudice constitué par la perte de chance sérieuse d'obtenir la cassation de la décision juridictionnelle faisant l'objet du pourvoi, selon des principes récemment précisés (v. la décision CE, 25 juin 2014, n°s 359629 et 359630, M. et M^{me} T. et a. : Lebon, tables). Ainsi, pour apprécier si l'avocat a commis une faute, il y a lieu de déterminer s'il

a normalement accompli avec les diligences suffisantes les devoirs de sa charge, à condition que son client l'ait mis en mesure de le faire. Il appartient notamment à l'avocat dans ce cadre de recueillir auprès de ses clients l'ensemble des éléments d'information et les documents propres à lui permettre d'assurer, au mieux, la défense de leurs intérêts. Pour l'appréciation de la responsabilité de l'avocat, le juge tient compte, le cas échéant, du comportement du client et de ses autres conseils. Dans le cas où il y aurait eu négligence, le juge détermine si celle-ci, en privant le client d'une chance sérieuse de succès du recours, a été de nature à lui porter un préjudice lui ouvrant droit à réparation.

Dans l'hypothèse où, suivant ce mode d'emploi, le juge arrive à la conclusion selon laquelle la faute de l'avocat n'a privé son client d'aucune chance sérieuse d'obtenir gain de cause, cette circonstance fait-elle obstacle à ce que ledit client demande réparation à cet avocat du préjudice moral qui lui a été causé ?

La décision du 11 décembre dernier apporte une réponse négative à cette question. Si ce point n'avait jusqu'alors jamais été explicitement tranché, Suzanne von Coester, dans ses conclusions sous une décision du 27 mars 2015 (CE, 27 mars 2015, n° 382156, M^{me} A.-I. : Lebon, tables) relative à une action en responsabilité intentée contre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'avait déjà abordé : « Nous ne voyons pas sur quel fondement écarter la possibilité d'une indemnisation du préjudice moral, qui dans des circonstances particulières pourrait directement résulter de la faute commise par l'avocat ». Il est vrai qu'ainsi que le rappelait à sa suite le rapporteur public de la présente affaire Xavier de Lesquen, la Cour de cassation, dans des litiges similaires, accepte d'indemniser ce chef de préjudice, indépendamment du sort réservé à la privation de perte de chance sérieuse de voir aboutir les prétentions du requérant (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, n° 98-17369).

Le Conseil d'État, suivant l'invitation de son rapporteur public, admet donc par la décision rapportée la réparation du préjudice moral causé à un requérant par les négligences fautives de son avocat.

III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

Pas de non-lieu sur le recours en annulation d'un placement en rétention administrative du fait de la prolongation de la mesure par le JLD ^{265f3}

L'essentiel La décision du juge des libertés et de la détention (JLD) autorisant la prolongation d'une mesure de rétention administrative d'un étranger ne prive pas d'objet le recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de la décision initiale de placement prise par le préfet.

CE, 10^e et 9^e ss-sect. réunies, 7 mars 2016, n° 379971, M. Ahmed M., Lebon, tables, M. Reiller, rapp., M^{me} Bretonneau, rapp. publ. ; SCP Boulloche, av.

Note par
Sophie ROUSSEL

L'article L. 551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit que l'étranger qui a fait l'objet d'une mesure d'éloignement forcé et qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention par l'autorité administrative pour une durée de cinq jours. À l'expiration de ce délai, la rétention ne peut être prolongée que par le juge des libertés et de la détention. Par la décision rapportée, le Conseil d'État précise l'office du juge administratif lorsque, alors qu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision initiale de placement en rétention administrative, le juge des libertés et de la détention est intervenu pour prolonger la mesure de placement.

Pour reprendre la formule employée par Aurélie Bretonneau, rapporteur public, dans ses conclusions conformes, la particularité du régime contentieux de la rétention administrative « tient à ce que son caractère administratif, dictant votre compétence, percute l'intensité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, ce qui a conduit le législateur à prévoir une intervention rapide du juge judiciaire ». La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a organisé l'intervention successive des deux ordres de juridiction selon le schéma suivant. L'étranger placé en rétention sur décision du préfet pour une durée initiale de cinq jours peut, dans le délai de quarante-huit heures suivant la notification de la mesure, demander au juge administratif – lequel statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine (CESEDA, art. L. 512-1, III) – l'annulation de la mesure d'éloignement forcé dont il fait l'objet ainsi que de la mesure de rétention prise en vue de l'exécution de cet éloignement ⁽¹⁾. À l'issue des cinq jours, c'est à l'autorité judiciaire seule, en la personne du juge des libertés et de la détention, qu'il revient de se prononcer sur la prolongation de la mesure de rétention, demandée par l'autorité administrative (CESEDA, art. L. 552-1) pour une période d'au

plus vingt jours ⁽²⁾. L'étranger, le ministère public et l'autorité administrative peuvent, dans les vingt-quatre heures, former un appel contre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention prolongeant la mesure de rétention devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué, qui statue dans les quatre-huit heures de sa saisine (CESEDA, art. L. 552-9).

Ainsi que l'a relevé le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la conformité à la constitution de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité ⁽³⁾, en organisant ainsi le contentieux, le législateur a eu pour but, dans le respect des règles de répartition des compétences entre les ordres de juridiction, de garantir l'examen prioritaire, par le juge administratif, de la légalité des mesures administratives relatives à l'éloignement des étrangers avant que n'intervienne le juge judiciaire. Cet enchaînement des contrôles, qui répond à l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, doit normalement permettre au juge des libertés et de la détention de se prononcer sur le caractère nécessaire de la prolongation d'une mesure de rétention décidée pour les besoins de l'exécution d'une mesure d'éloignement dont la légalité ne fait plus de doute.

Toutefois, dans le cas où la décision du juge dit « des soixante-douze heures » est frappée d'appel, et *a fortiori* si l'instance se poursuit devant le juge de cassation, il peut arriver que le juge des libertés et de la détention statue sur la demande de prolongation de la mesure de rétention alors même que la légalité du placement en rétention initial n'a pas été définitivement jugée. C'est d'une telle hypothèse que le Conseil d'État était saisi dans la présente affaire : l'intervention de l'ordonnance de prolongation de la rétention devait-elle ou non, dans un esprit de cloisonnement entre des interventions respectives de chacun des deux ordres de juridiction, entraîner un non-lieu sur les conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision initiale de rétention ?

La réponse apportée par le Conseil d'État est négative. Elle s'inscrit dans le droit fil de la position prise par la première chambre civile de la Cour de cassation ⁽⁴⁾ qui, tirant les conséquences de l'annulation par une cour administrative d'appel d'un placement initial en rétention administrative, annule, au motif qu'elles ont perdu leur fondement juridique, l'ordonnance ordonnant la seconde prolongation de cette rétention et celle déclarant irrecevable la demande de mise en liberté formée par l'étranger. La mesure initiale de placement en rétention continue donc de produire des effets, puisqu'elle constitue, selon la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, le fondement juridique de la mesure de prolongation prononcée par l'autorité judiciaire ⁽⁵⁾ : le recours contre le placement initial en rétention ne peut pas avoir perdu son objet.

(1) En cas de décision de placement en rétention, le même recours en annulation peut être également dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français et contre la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement en rétention.

(2) Une nouvelle prolongation peut être décidée par le juge des libertés et de la détention dans des cas exceptionnels, décrits à l'article L. 552-7 du CESEDA.

(3) Cons. const., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, consid. 69 à 73.

(4) Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, n° 14-11430, 14-22273 et 14-22275.

(5) V. égal. en ce sens : Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-11708.

On notera qu'une solution différente est retenue par le juge du référé-liberté, saisi cette fois-ci non pas d'une demande tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de placement en rétention mais de conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à la mesure de rétention.

On sait qu'en principe la procédure dite du « juge des soixante-douze heures » prévue par les dispositions du III de l'article L. 512-1 du CESEDA, qui permet à l'étranger de contester une obligation de quitter le territoire français lorsqu'elle est accompagnée d'un placement en rétention administrative ou d'une mesure d'assignation à résidence, est exclusive des procédures de référé prévues au livre V du Code de justice administrative⁽⁶⁾. Il arrive toutefois que le juge des référés puisse, par exception, être valablement saisi : lorsque les modalités selon lesquelles il est procédé à l'exécution d'une telle mesure relative à l'éloignement forcé d'un étranger emportent des effets qui, en raison de changements dans les circonstances de droit ou de fait survenus depuis l'intervention de cette mesure et après que le juge, saisi sur le fondement de l'article L. 512-1 du CESEDA, a statué ou que le délai prévu pour le saisir a expiré, excèdent ceux qui s'attachent normalement à sa mise à exécution⁽⁷⁾.

Dans pareille hypothèse, l'intervention du juge des libertés et de la détention pour prolonger la mesure de rétention met fin à la compétence de la juridiction administrative pour connaître de conclusions tendant à ce qu'il y soit mis fin⁽⁸⁾. À la date à laquelle le juge du référé-liberté statue, l'autorité judiciaire est en effet devenue seule compétente, en vertu

de la loi, pour mettre fin à la rétention, soit à la demande de l'étranger, ainsi que le prévoit l'article R. 552-7 du CESEDA, soit de sa propre initiative, en application de l'article R. 552-18 du même code. Tel n'est pas le cas du juge de l'excès de pouvoir, qui se prononce sur la légalité de la décision dont il est saisi à la date à laquelle celle-ci a été prise. Cette circonstance avait d'ailleurs été relevée par le rapporteur public au soutien de la solution adoptée par la décision rapportée, pour démontrer l'absence de risque de contrariété juridique entre une décision d'annulation par le juge administratif, qui apprécie la nécessité du placement en rétention à la date à laquelle la décision a été prise, et la décision du juge des libertés et de la détention, qui apprécie la nécessité de la mesure à la date à laquelle il statue.

On notera que la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France met fin à cette organisation du contentieux des mesures d'éloignement forcé des étrangers accompagnées d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence. En vertu du nouvel article L. 512-2 du CESEDA issu de cette loi, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} novembre prochain, la décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence échappe désormais à la compétence du juge administratif dit « des soixante-douze heures » et ne peut plus être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification. L'étranger placé en rétention ou assigné à résidence qui entend contester son éloignement devra donc présenter, dans les quarante-huit heures suivant la notification des décisions le concernant, deux recours : le premier, devant le juge administratif « des soixante-douze heures », afin d'obtenir l'annulation pour excès de pouvoir des mesures relatives à l'éloignement, le second devant le juge des libertés et de la détention pour contester la mesure de rétention ou d'assignation à résidence décidée en vue de l'exécution de cet éloignement.

(6) CE, sect., 13 déc. 2013, n° 367533, M. B. : Lebon, p. 364.

(7) S'agissant de la contestation de la décision portant obligation de quitter le territoire français : CE, juge des référés, 11 nov. 2015, n° 390704, Ministère de l'intérieur c/ M. K. : Lebon, tables ; s'agissant de la contestation de la décision d'assignation à résidence : CE, juge des référés, 8 mars 2016, n° 397206, M^{me} L. : Lebon, tables.

(8) CE, juge des référés, 15 avr. 2016, n° 398550, M. K. : Lebon, tables.

Quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un recours contre une sentence arbitrale relative à un contrat conclu par un EPIC avec des sociétés privées et cédé avec effet rétroactif à une personne privée ? 265h9

L'essentiel La transformation en personne privée de la personne publique signataire d'un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public et la cession rétroactive de ce contrat à une société privée restant sans incidence sur la nature administrative du contrat, le juge administratif est compétent pour connaître du recours en annulation contre la sentence arbitrale relative à ce contrat.

T. confl., 11 avr. 2016, n° 4043, Sté Fosmax LNG c/ Sté TCM FR, Tecnimont et Saipem, Lebon, M. Maunand, rapp., M^{me} Escaut, rapp. publ.

Note par
Mattias GUYOMAR

Par la décision rapportée, le Tribunal des conflits vient de faire une nouvelle application de la jurisprudence *INSERM c/ Fondation Letten F. Saugstad* (T. confl., 17 mai 2010, n° 3754 : Lebon, p. 580) relative au régime juridique de l'arbitrage international s'agissant des contrats qui relèvent d'un régime administratif d'ordre public. Il était en effet saisi, sur renvoi du Conseil d'État, de la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale relative à un contrat conclu par un établissement public industriel et commercial avec des sociétés privées et cédé avec effet rétroactif à une personne privée.

En principe, la juridiction compétente pour connaître du recours dirigé contre une sentence arbitrale est celle qui le serait pour connaître du contrat qui a donné lieu à l'arbitrage. Contrairement à ce que défend une partie de la doctrine, le Tribunal des conflits, ainsi d'ailleurs que le Conseil d'État,

considère que la sentence arbitrale n'est pas autonome du contrat litigieux qui comporte la clause compromissoire en application de laquelle elle est intervenue. La seule circonstance qu'un litige a donné lieu à une sentence arbitrale n'en modifie pas la nature (v. pour une application récente T. confl., 16 nov. 2015, n° 4025, Sté Broadband Pacifique c/ Administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna : Lebon, tables). Jusqu'à l'arrêt *INSERM*, cette solution s'appliquait à l'hypothèse dans laquelle le contrat qui a prévu le recours à l'arbitrage revêt un caractère international (T. confl., 19 mai 1958, Sté Myrtoon Steamship : Lebon, p. 793). La décision du 17 mai 2010 a consacré un nouveau point d'équilibre. Le Tribunal des conflits y reconnaît en effet l'existence de l'ordre juridique arbitral en jugeant qu'en principe, « le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue ». Mais le Tribunal des conflits a entendu réserver la compétence du juge administratif pour connaître des sentences arbitrales rendues pour trancher un litige relatif à un contrat « relevant d'un régime administratif d'ordre public » en précisant qu'« il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique ».

La décision du 11 avril 2016 fait une stricte application de la jurisprudence *INSERM* dont elle reprend les termes exacts du considérant du principe. La difficulté de l'affaire tenait aux effets qu'il convenait d'attacher à la cession à une personne privée du contrat, conclu, le 17 mai 2004, par Gaz de France avec un groupement de sociétés privées pour la construction d'un terminal méthanier de réception sur la presqu'île de Fos Cavaou. Par un avenant du 17 juin 2005, Gaz de France, devenu société anonyme en application de l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, a en effet cédé ce contrat, avec effet rétroactif à sa date de signature, à sa filiale, la société du terminal méthanier de Fos Cavaou qui a ensuite pris le nom de Fosmax LNG.

Pour déterminer l'ordre de juridiction compétent pour connaître du recours dirigé contre la sentence arbitrale, le Tribunal des conflits a raisonné en trois temps.

En premier lieu, il a caractérisé la nature juridique du contrat initial. Après avoir relevé qu'il avait été conclu « par Gaz de France alors qu'il possédait la qualité d'établissement public industriel et commercial afin de satisfaire à ses obligations de service public de fourniture de gaz naturel portant sur la continuité de la fourniture et de la sécurité des approvisionnements », le Tribunal en a déduit qu'il constitue un contrat de droit public. Rappelons en effet que, sauf disposition législative contraire, les contrats conclus par un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC) pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux comportant des clauses exorbitantes de droit commun ou relevant d'un régime

exorbitant du droit commun ainsi que de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique.

En deuxième lieu, il a réaffirmé sa jurisprudence constante selon laquelle « sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu » (T. confl., 16 oct. 2006, n° 3506, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des Architectes Français : Lebon, p. 639 qui précise que les contrats administratifs conclus par un établissement public demeurent administratifs malgré la transformation ultérieure de l'établissement en société anonyme). La décision commentée en tire les conséquences sur le cas d'espèce en jugeant que « ni la modification du statut de Gaz de France, devenu société anonyme en application de l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, ni la cession du contrat à l'une de ses filiales avec effet rétroactif au jour de sa conclusion n'ont eu pour effet d'en modifier la nature juridique ». Il s'agissait là du point le plus délicat de l'affaire rapportée compte tenu de l'effet rétroactif au jour de la conclusion du contrat initial que l'avenant avait conféré à la cession. Il s'ensuit que le contrat litigieux est réputé avoir été signé, dès l'origine, par des personnes privées. On pourrait soutenir que la modification du cocontractant devait rétroagir sur la nature juridique du contrat. Telle n'est pas la solution qu'a retenue le Tribunal des conflits. En effet, le caractère administratif d'un contrat ne repose pas que sur un critère organique. Il renvoie également, dans une certaine mesure, à son contenu. La décision du 11 avril 2016 juge que, même avec effet rétroactif, la cession d'un contrat administratif à une personne privée par le cocontractant, personne morale de droit public, est sans incidence aucune sur le contenu du contrat. Administratif à l'origine et exécuté comme tel pendant un certain temps, le contrat litigieux le demeure même après la disparition rétroactive du critère organique.

Il restait au Tribunal des conflits, en troisième et dernier lieu, à déduire des deux premiers temps du raisonnement l'ordre de juridiction compétent. Le contrat litigieux continuant de relever d'un régime administratif d'ordre public, il en résulte, en application de la jurisprudence *INSERM*, que « le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale, qui implique le contrôle de la conformité de celle-ci aux règles impératives de la commande publique, ressortit à la compétence de la juridiction administrative ».

Le cas de l'espèce est révélateur de la portée pratique de cette répartition des compétences juridictionnelles. Il apparaît en effet que le tribunal de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale n'avait pas pris en compte le caractère administratif du contrat litigieux pour rendre sa sentence. Il appartiendra au juge administratif, dans le cadre du contrôle approfondi que permet le recours en annulation, de pleinement vérifier la conformité de celle-ci aux règles impératives de la commande publique. Mais l'aiguillage de ce litige vers la juridiction administrative est d'abord justifié par le fait que le contrat litigieux est un marché public de travaux lui-même soumis aux règles impératives de la commande publique. Quelle que soit la teneur de la sentence arbitrale, celle-ci ne peut dès lors valablement trancher le litige entre les cocontractants que dans le respect de ce régime administratif d'ordre public. Et c'est au juge administratif qu'il incombe de le contrôler.

Quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'une action contentieuse relative à une liste d'auxiliaires de droit privé de la justice judiciaire ? 265j0

L'essentiel Les litiges auxquels peut donner lieu la décision par laquelle un procureur de la République agréé ou refuse d'agréer une personne en vue de l'organisation de stages de sensibilisation à la sécurité routière relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

T. confl., 12 oct. 2015, n° C4019, M. H., Lebon, M. de Casanova, prés., M. Fossier, rapp., M^{me} Escaut, rapp. publ.

Note par
Mattias GUYOMAR

Par la décision rapportée, le Tribunal des conflits fait application de la jurisprudence *Préfet de la Guyane* (T. confl., 27 nov. 1952, n° 01420 : Lebon, p. 642) en saisissant l'occasion du renvoi de la question de compétence par le Conseil d'État, par application de l'article 35 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015, pour en clarifier les critères.

Dans le département de La Réunion, le procureur de la République de Saint-Denis et le procureur de la République de Saint-Pierre ont, à partir de 2007, mis en place un dispositif de mesures alternatives aux poursuites en cas d'infraction routière sur le fondement de l'article 41-1 du Code de procédure pénale aux termes duquel : « S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique [...] : / [...] 2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire sociale ou professionnelle ; [...] en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière [...] ». Dans le cadre du dispositif mis en place, le contrevenant qui l'acceptait et qui payait l'amende n'était pas poursuivi mais se voyait infliger l'obligation d'effectuer, à ses frais, un stage de sensibilisation à la sécurité routière, dont les caractéristiques étaient fixées par un protocole conclu entre les procureurs et deux organismes de formation. Pour s'acquitter de cette obligation, chaque contrevenant était invité par le procureur de la République à prendre contact, à sa convenance, avec l'un de ces organismes, désignés sur un formulaire type qui était remis après le constat de l'infraction. En vertu de l'article R. 131-11-1 du Code pénal, le stage de sensibilisation à la sécurité routière prévu par l'article 131-35-1 du même code est en effet dispensé, dans les conditions fixées par les articles R. 223-5 à R. 223-13 du Code de la route, par les personnes agréées selon les modalités définies par ces articles. Le litige s'est noué sur le terrain indemnitaire. M. H., qui exploite à La Réunion une école de conduite et qui était titulaire d'un agrément préfectoral l'habilitant à effectuer des stages de sensibilisation à la sécurité routière organisés par l'administration a demandé réparation à l'État du préjudice qu'il estime avoir subi du fait du refus des

procureurs de la République de l'agréer pour les stages de sensibilisation prévus par le protocole qu'ils ont conclu.

Le cadre défini par la jurisprudence *Préfet de la Guyane* était aussi connu que discuté. On a pu s'interroger sur la solidité de ses fondements d'autant plus valablement que les critères de répartition des compétences juridictionnelles ont évolué depuis l'origine (M. Guyomar, « Que reste-t-il de la jurisprudence *Préfet de la Guyane* ? » : BICC n° 810, 1^{er} nov. 2014). Dans sa décision de 1952, le Tribunal des conflits oppose ainsi les actes relatifs « à l'exercice de la fonction juridictionnelle » et ceux relatifs « à l'organisation même du service public de la justice ». Cette décision éclaire le périmètre de la seconde catégorie en précisant que l'action en responsabilité des requérants relève de la compétence de la juridiction administrative dès lors qu'elle « met en jeu la responsabilité du service public indépendamment de toute appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires ».

Si la jurisprudence a persisté à toujours privilégier un critère matériel (la nature de l'acte) sur un critère organique (l'auteur de l'acte), elle a glissé de « l'exercice de la fonction juridictionnelle » au « fonctionnement du service public de la justice » pour fonder la compétence de l'ordre judiciaire. Au-delà de la fonction de juger elle-même, la notion de « marche des services judiciaires » a aimanté, souvent de manière implicite, non seulement les « actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire » mais ceux qui en sont « inséparables ». Il faut bien reconnaître la porosité des frontières qui séparent l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice. Ainsi que le relève Philippe Dondoux, dans ses conclusions sur la décision *Rousseau* du 15 mars 1975 : « Unanimement qualifiée de « fausseté claire », cette distinction se révèle d'un emploi malaisé. Certes on a pu définir les matières relevant de l'exercice de la fonction judiciaire comme groupées autour de deux notions, celle, d'une part, d'activités qui ont avec une procédure judiciaire un lien suffisamment étroit et celle, d'autre part, de fonctionnement proprement dit de l'autorité judiciaire. Mais l'emploi de ce critère matériel vous emmène parfois à des distinctions d'une subtilité déconcertante : il suffit à cet égard de rappeler votre décision de section *Jobard* du 13 juillet 1961, rendue sur les conclusions contraires de M. Kahn : organisation et fonctionnement se chevauchent en effet en général et certaines opérations d'organisation sont si mêlées au fonctionnement du service qu'il est bien difficile, *a priori*, de dire si leur contentieux doit ou non être administratif ».

Dans un remarquable souci de clarification, la décision du 12 octobre 2015 confirme la ligne de partage entre les deux ordres de juridiction en revenant aux critères initiaux de la jurisprudence *Préfet de la Guyane*. Cet opportun retour aux sources conduit le juge des conflits à raisonner en deux temps.

Il convient en premier lieu de rechercher si l'acte litigieux (celui qui fait l'objet du recours ou à raison duquel la responsabilité du service public de la justice est mise en cause) se rattache ou non directement à la fonction juridictionnelle. De deux choses l'une : dans l'affirmative,

le litige est attribué à la juridiction judiciaire, seule compétente pour en connaître ; sinon, il s'agit d'une mesure d'organisation du service public de la justice, catégorie susceptible de relever de la compétence de la juridiction administrative. Mais pour définitivement retenir un tel aiguillage, encore faut-il franchir une seconde étape.

En effet, il faut que la mesure d'organisation du service public de la justice, notion définie en creux par rapport à celle qui fonde directement la compétence judiciaire, n'entretienne aucun lien indirect avec la fonction juridictionnelle. Pour l'apprécier, il convient de rechercher si elle est ou non de nature à influencer sur le déroulement d'une procédure judiciaire et si elle implique ou non que soit portée une appréciation sur la marche même des services judiciaires. À l'aune de ces critères, certaines mesures d'organisation du service public de la justice ressortiront à la compétence du juge judiciaire.

En revenant aux termes mêmes de l'arrêté du 27 novembre 1952, la décision commentée renoue avec l'esprit qui a alors présidé au partage des compétences juridictionnelles. Il s'agit d'éviter toute immixtion du juge administratif dans l'intimité du juge judiciaire, toute ingérence de sa part dans le déroulement d'une procédure judiciaire. Cette limitation de son office, alors qu'est en cause le contrôle d'un service public, n'a rien à voir avec la séparation des pouvoirs. À tout le moins peut-on la fonder sur une conception extensive de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Appliquant le mode d'emploi ainsi délivré au cas de l'espèce, le Tribunal des conflits a attribué le litige à la juridiction administrative. Dans un premier temps, il a

estimé que le litige portait sur une mesure d'organisation du service public de la justice après avoir relevé « que la décision par laquelle un procureur de la République agréé ou refuse d'agréer [...] une personne en vue de l'organisation de stages de sensibilisation à la sécurité routière, ne se rattache pas à la fonction juridictionnelle, sur l'exercice de laquelle les attributions de la personne agréée n'ont pas d'effets ». Il a ensuite franchi le second obstacle qui aurait pu faire échec à la compétence de la juridiction administrative en jugeant que « les litiges auxquels peut donner lieu cette décision du procureur de la République, n'éta[ie]nt pas de nature à influencer sur le déroulement d'une procédure judiciaire et n'impliqua[ie]nt aucune appréciation sur la marche même des services judiciaires ». L'application des critères dégagés par la décision rapportée explique aussi bien la solution retenue au cas d'espèce que les décisions précédentes qui confient en principe les litiges portant sur des actes relatifs à la désignation et à la discipline des auxiliaires de la justice à la compétence de la juridiction judiciaire (v. par exemple CE, 11 mai 1953, Roffé : Lebon, p. 211 – CE, sect., 13 juill. 1961, Jobard : Lebon, p. 489 – T. confl., 8 avr. 2002, n° 3282, M.).

Notons, pour terminer, que l'attribution du litige indemnitaire au juge administratif a pour effet d'ouvrir, dans le silence des textes, le recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'agrément ou de refus d'agréer du procureur de la République. Lorsque les voies de recours n'existent pas devant le juge judiciaire, la compétence de la juridiction administrative permet en effet d'éviter « sinon déni de justice du moins vide juridique » pour reprendre les termes de Philippe Dondoux, dans ses conclusions déjà citées.