

Chronique de jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État : le contentieux du monde judiciaire 380q9



Par
Sophie ROUSSEL
Maître des requêtes au
Conseil d'État

L'essentiel

Tous les 3 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 trois ordonnances du juge des référés du Conseil d'État relatives à la protection des personnes pénitenciaires et des personnes détenues face à l'épidémie de Covid-19. S'y ajoute une décision du Conseil d'État précisant quels sont les moyens que le juge administratif juge opérant lorsqu'il statue sur la légalité d'un acte réglementaire dans le cadre d'une question préjudicielle posée par le juge judiciaire.

PLAN

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES.....	p. 26
II. ADMINISTRATION JUDICIAIRE.....	(néant)
III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	p. 31

I. DROITS FONDAMENTAUX ET LIBERTÉS PUBLIQUES

Covid-19 en milieu pénitenciaire : que peut faire le juge du référé-liberté ? 383a8

L'essentiel Les trois ordonnances commentées, relatives au contentieux pénitenciaire durant l'état d'urgence sanitaire, illustrent la façon dont le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, tantôt saisi d'une situation particulière, tantôt saisi des réglages d'une politique publique donnée, a exercé son office.

CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439821, Syndicat national pénitenciaire Force Ouvrière – personnel de surveillance, Lebon T., SCP Matuchansky, Poupot, Valdelièvre, av. - CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439827, Section française de l'Observatoire international des prisons et a., C, SCP Spinosi, Sureau, av. - CE, juge des référés, 7 mai 2020, n° 440151, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ Ordre des avocats du barreau de la Martinique, Lebon T., SCP Spinosi, Sureau, SCP Sevaux, Mathonnet, av.

Note

La période de crise sanitaire que traverse la France, dont elle n'est pas encore sortie, s'est traduite au Conseil d'État par un nombre inhabituellement élevé de référés présentés devant la section du contentieux, propulsant la juridiction administrative sur le devant de la scène, tant juridique que médiatique. Grâce à la mise en place de méthodes de travail adaptées (constitution d'une équipe de 17 juges des référés travaillant en permanence, mobilisation sans relâche du greffe du bureau des référés, introduction d'une possibilité d'instruire la requête sans

convoquer d'audience publique, tenue, si nécessaire, d'audiences au Palais-Royal), le juge des référés du Conseil d'État a pu statuer, en premier ressort ou en appel, sur l'ensemble des affaires qui lui ont été soumises durant le confinement, tant sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (référé-suspension) que sur celui de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative (référé-liberté).

Un nombre important de ces recours a porté sur les conditions de détention et la situation des établissements pénitenciaires. Une quinzaine de référés-libertés ont ainsi été présentés : deux l'ont été en premier ressort, les autres constituant des appels dirigés contre des ordonnances rendues par des juges des référés de tribunal administratif. Quatre ont donné lieu à une audience publique. Les autres ont tous fait l'objet d'une instruction écrite sans audience ainsi que le permet, de manière dérogatoire pendant l'état d'urgence sanitaire, l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020.

Les trois ordonnances ci-après commentées permettent, en s'attachant aux référés-libertés présentés en matière pénitenciaire, de rendre compte des modalités de l'intervention du juge des référés et des lignes de force qui se dégagent des solutions adoptées.

Les deux premières sont les deux seules qui, s'agissant du contentieux pénitenciaire, ont été rendues en premier ressort par le Conseil d'État, sur des requêtes présentées respectivement par le Syndicat national pénitenciaire

Force Ouvrière – personnel de surveillance (CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439821) et par la Section française de l'Observatoire international des prisons (CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439827). Elles ont, pour la première fois, conduit le juge des référés du Conseil d'État à se prononcer sur des questions concernant la conduite, à l'échelle nationale, de la politique carcérale.

La troisième est une ordonnance rendue sur l'appel de la ministre de la Justice dirigé contre une ordonnance du juge des référés de la Martinique concernant le centre pénitentiaire de Ducos (CE, juge des référés, 7 mai 2020, n° 440151). Ce dernier cas de figure n'est, à la différence des deux premiers, pas inédit, le juge administratif ayant été, depuis le référé sur l'établissement des Baumettes (CE, 22 déc. 2012, nos 364584, 364620, 364621 et 364647, Section française de l'Observatoire international des prisons et a., Lebon, p. 496), régulièrement saisi de la situation de tel ou tel établissement pénitentiaire.

Le juge d'une situation à un instant t. La première caractéristique commune aux trois ordonnances commentées n'est pas propre aux référés pénitentiaires. On la retrouve dans toutes les ordonnances rendues par le Conseil d'État pendant l'état d'urgence sanitaire. Il s'agit de trois paragraphes, qui ont connu certaines modifications au gré de l'évolution de la situation. Chaque solution d'espèce s'inscrit en effet dans une séquence globale et doit être comprise comme la pièce d'un ensemble.

Les deux premiers présentent « les circonstances » (sous un sous-titre ayant cet intitulé) : « L'émergence d'un nouveau coronavirus (Covid-19), de caractère pathogène et particulièrement contagieux et sa propagation sur le territoire français ont conduit le ministre des Solidarités et de la Santé à prendre, par plusieurs arrêtés à compter du 4 mars 2020, des mesures sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique. En particulier, par un arrêté du 14 mars 2020, un grand nombre d'établissements recevant du public ont été fermés au public, les rassemblements de plus de 100 personnes ont été interdits et l'accueil des enfants, élèves et étudiants dans les établissements les recevant et les établissements scolaires et universitaires a été suspendu. Puis, par un décret du 16 mars 2020 motivé par les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de Covid-19, modifié par décret du 19 mars, le Premier ministre a interdit le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, à compter du 17 mars à 12h, sans préjudice de mesures plus strictes susceptibles d'être ordonnées par le représentant de l'État dans le département. Le ministre des Solidarités et de la Santé a pris des mesures complémentaires par des plusieurs arrêtés successifs. /Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, a été déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. Par un nouveau décret du 23 mars 2020 pris sur le fondement de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique issu de la loi du 23 mars 2020, plusieurs fois modifié et complété depuis lors, le Premier ministre a réitéré les mesures précédemment ordonnées tout en leur apportant des précisions ou restrictions complémentaires. Leurs effets ont été prolongés en dernier lieu par décret du 14 avril 2020 ».

Il faut voir dans ce soin mis à reprendre, dans chaque affaire, le récit détaillé de la crise sanitaire l'importance que le juge des référés accorde au contexte du litige qui est lui soumis. Pendant cette période, la prise en compte du contexte a joué un rôle encore plus déterminant qu'à l'habitude, compte tenu du caractère à la fois évolutif et imprévisible de la situation dans laquelle se sont noués les litiges. Tant l'état sanitaire du pays que les ressources disponibles – humaines, juridiques, matérielles – pour y faire face n'ont en effet cessé d'évoluer. À peine rendue, une solution pouvait s'avérer caduque compte tenu de l'évolution des circonstances, de fait comme de droit. C'est aussi à l'aune de cette particularité que les ordonnances ici rapportées doivent être analysées.

Le troisième paragraphe présente « le cadre juridique du litige » c'est-à-dire les conséquences juridiques qui ont été tirées des circonstances exceptionnelles rappelées juste auparavant : « Dans l'actuelle période d'état d'urgence sanitaire, il appartient aux différentes autorités compétentes de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ». Les caractéristiques propres à chaque affaire s'inscrivent nécessairement dans ce cadre général qui surplombe l'ensemble des solutions rendues pendant l'état d'urgence sanitaire.

Une réponse juridictionnelle à cadre jurisprudentiel constant. Chaque référé appelle nécessairement une déclinaison de ce cadre général propre à la nature du contentieux.

Avant d'en revenir à la matière pénitentiaire, il convient de souligner la seconde caractéristique commune à l'ensemble des ordonnances de référé rendues pendant la crise sanitaire à savoir le rappel de l'office du juge du référé-liberté : « Il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, résultant de l'action ou de la carence de cette personne publique, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai. Ces mesures doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. Sur le fondement de l'article L. 521-2, le juge des référés peut ordonner à l'autorité compétente de prendre, à titre provisoire, des mesures d'organisation des services placés sous son autorité, dès lors qu'il s'agit de mesures d'urgence qui lui apparaissent nécessaires pour sauvegarder, à très bref délai, la liberté fondamentale à laquelle il est gravement, et de façon manifestement illégale, porté atteinte. Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises ».

Il s'agit de l'exacte reprise de la jurisprudence existante à la date de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Quelles qu'aient été les critiques apportées aux limites ainsi fixées à l'intervention du juge du référé-liberté, le Conseil d'État a choisi de ne pas modifier l'économie générale du régime de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Ce choix, qui réserve la possibilité d'évolutions ou de réglages ultérieurs, s'explique par la volonté de traverser la crise sanitaire avec les instruments juridictionnels tels qu'ils préexistaient à cette crise.

En ce qui concerne les affaires portant sur le service public pénitentiaire, toutes les ordonnances comportent ainsi un paragraphe qui reprend de manière synthétique, la jurisprudence existante : « Eu égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis-à-vis de l'administration, il appartient à celle-ci, et notamment au garde des Sceaux, ministre de la Justice et aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie ainsi qu'à leur éviter tout traitement inhumain ou dégradant afin de garantir le respect effectif des libertés fondamentales [invoquées]. Lorsque la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, les expose à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant ou conduit à ce qu'elles soient privées, de manière caractérisée, des traitements et des soins appropriés à leur état de santé portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à ces libertés fondamentales, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2, prescrire, dans les conditions et les limites définies [plus haut], les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence ».

On retrouve ici la consécration, par la jurisprudence du Conseil d'État, des obligations positives qu'il incombe à l'État de respecter. La portée de ces obligations s'explique par la spécificité de ceux qui en bénéficient (les personnes détenues qui sont à la fois vulnérables et dépendantes) et la nature des libertés fondamentales invoquées. Toutes les affaires pénitentiaires ont ainsi mobilisé le droit au respect de la vie et le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants ainsi que, pour la grande majorité d'entre elles, le droit de recevoir les traitements et les soins appropriés à son état de santé.

La caractéristique commune à l'ensemble des litiges est que l'atteinte grave aux libertés fondamentales invoquées résidait non dans une ingérence active de l'État dans l'exercice de ces libertés mais dans une ingérence passive, c'est-à-dire, une carence de l'administration pénitentiaire.

En ce qui concerne la prise en compte des moyens de l'administration et des mesures déjà prises pour apprécier le caractère manifestement illégal de l'atteinte à une liberté fondamentale, les ordonnances ici rapportées permettent de bien comprendre le raisonnement qui sous-tend cette manière de procéder, qui a été particulièrement reprochée au juge administratif durant la période qui vient de s'écouler.

Dans le cas, qui est celui des référés pénitentiaires, où l'illégalité manifeste alléguée correspond à une carence manifeste, il est non seulement réaliste mais aussi

cohérent d'apprécier cette carence non, de manière abstraite, au regard d'un standard type défini dans l'absolu mais *in concreto* en fonction de ce qu'au moment des faits litigieux, l'administration était raisonnablement en état de faire, compte tenu des moyens à sa disposition à la date à laquelle le juge statue.

Procéder autrement reviendrait à prendre le risque de prononcer des injonctions platoniques, faute pour l'administration d'être en mesure de les exécuter à bref délai, à rebours de la raison d'être du référé-liberté qui est non de prononcer des déclarations d'illégalité mais de porter remède, de manière effective et immédiate, aux atteintes aux libertés fondamentales que le juge a caractérisées. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit avec l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de la Martinique, partiellement réformée en appel par l'ordonnance du 7 mai 2020 du Conseil d'État (CE, juge des référés, 7 mai 2020, n° 440151), qui avait enjoint en vain à l'administration de distribuer des masques et de procéder à des tests de dépistages : faute d'équipements disponibles à bref délai, celle-ci n'était pas en mesure d'exécuter ces injonctions qui sont ainsi restées lettre morte. La motivation du rejet en appel des conclusions tendant à la généralisation de la pratique des tests de dépistage par l'ordonnance du 7 mai 2020, fondée sur les instructions fixées par une note du 9 avril et l'évolution des quantités de tests disponibles, fait expressément apparaître le caractère contingent de l'intervention du juge des référés, qui statue à un instant donné, en l'état de l'instruction, en précisant que « critères, constamment ajustés, retenus en l'état des disponibilités des tests, pour effectuer les dépistages sont (...) appelés à évoluer après le 11 mai 2020 ».

Les deux référés présentés en premier ressort appellent à cet égard deux séries d'observations.

En premier lieu, quoique portant sur la même question – la situation sanitaire au sein des établissements pénitentiaires – ils comportaient des conclusions parfois contradictoires qu'explique le point de vue des requérants : syndicat de personnels pénitentiaires, d'une part, et associations représentant les intérêts des personnes détenues, d'autre part. Le point d'équilibre à ménager supposait ainsi de concilier non seulement des droits et libertés différents mais aussi des intérêts, dans une certaine mesure, antagonistes (ainsi qu'en témoignent les conclusions du syndicat de généraliser le régime de détention « portes fermées »). Dans une certaine mesure seulement, ainsi que l'illustre la question des fouilles pour laquelle les personnels et les personnes détenues se retrouvaient pour demander la distribution de masques et de gants afin de minorer les risques de contamination.

En second lieu, embrassant la situation carcérale d'un point de vue général, ils invitaient le juge des référés à prononcer des injonctions d'une nature telle qu'elles auraient, si elles avaient été ordonnées, conduit à modifier la ligne de la politique publique suivie en la matière.

Sur ce point également, le choix a été fait de s'en tenir à la jurisprudence établie, telle qu'elle avait été fixée par la décision *Section française de l'Observatoire international des prisons* (CE, 28 juill. 2017, n° 410677). Les conclusions de portée structurelle ont ainsi été rejetées de manière lapidaire : « Eu égard à leur objet, les injonctions sollicitées, qui portent sur des mesures relevant du domaine

de la loi ou sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mises en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai, ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative » (pt 13). Les suites qu'il conviendra ou non de tirer de l'arrêt de la Cour européenne *JMB et a. c/ France* du 30 janvier 2020 (CEDH, 30 janv. 2020, n° 9671/15), qui traite notamment des limites de l'office du référé-liberté en ce qui concerne la surpopulation carcérale, sont réservées.

La dynamique du référé : un process plus qu'un procès. Il restait néanmoins un certain nombre de questions transversales relevant, en l'état de la jurisprudence, de l'office du juge de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Elles ont conduit le juge des référés du Conseil d'État à se pencher, de manière approfondie, sur les conditions d'exercice, à l'échelle nationale, du service public pénitentiaire.

Les demandes renvoyaient toutes aux mêmes et délicates questions : disponibilité des masques et gants, protection des personnels et des personnes détenues, conditions de détection et de prise en charge des personnes malades, organisation des mouvements à l'intérieur des établissements. Leur examen a nécessité une instruction particulièrement approfondie : aux écritures se sont ajoutées des audiences de plusieurs heures chacune suivies de suppléments d'instruction sur des points précis. Cette nécessaire mise en état des affaires explique, y compris en ce qui concerne la situation du centre pénitentiaire de la Martinique, que l'instruction a duré plus longtemps que d'ordinaire. En effet, le Conseil d'État a préféré allonger les délais d'intervention du juge du référé-liberté que rendre des ordonnances au vu de dossiers incomplets. Ce souci d'une mise en état la plus aboutie possible a impliqué la mise en cause, dans toutes les affaires, outre du ministère de la Justice, du ministère de la Santé.

La particulière longue motivation des ordonnances reflète la profondeur de l'instruction en même temps qu'elle cherche à retracer les modalités de fabrication des solutions. La spécificité du juge de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative est qu'il ne se borne pas à arbitrer entre des conclusions contraires. Son office implique qu'il trouve le remède approprié à la situation litigieuse. C'est au terme d'une démarche itérative, qui conduit bien souvent à ce que les parties modifient leur position en cours d'instance, que la solution s'impose.

La sauvegarde des libertés en cause ne passe d'ailleurs pas seulement par le prononcé de suspension ou d'injonctions. Il est des non-lieux qui s'expliquent par l'intervention du remède adéquat avant la lecture de l'ordonnance qui n'a plus, dans ces conditions, qu'à constater que l'atteinte a cessé. Certains rejets aussi sont fondés sur des initiatives, plus ou moins spontanées, de l'administration qui satisfont aux exigences attachées au respect des libertés invoquées. Ceci est particulièrement avéré lorsque les requêtes contestent une carence de l'autorité publique dans le respect des obligations qui pèsent sur elle. Au-delà des dispositifs des ordonnances auxquels il ne faut pas s'arrêter, les motifs reflètent ces acquis de l'instance et la part qu'a prise le juge dans la co-construction de

la situation postérieure au litige. Les nombreuses références à l'audience publique, aux éclaircissements que les représentants de l'administration ont apportés ou aux engagements qu'ils y ont pris, aux mesures intervenues après sa tenue reflètent la dynamique du référé-liberté et l'efficacité d'une procédure dans laquelle le juge associe, de manière proactive, les parties dans la recherche du juste équilibre.

Les trois ordonnances commentées sont particulièrement emblématiques de cette manière de procéder qui mobilise, au service des droits et libertés en cause, l'ensemble des instruments et des pouvoirs dont la procédure inquisitoriale dote le juge. Au fur et à mesure des litiges dont le Conseil d'État a été saisi, les lecteurs attentifs des ordonnances peuvent prendre la mesure de la mise en place progressive, souvent sous l'impulsion des référés engagés, d'un véritable « anneau sanitaire » autour des personnes détenues visant à les protéger, dans toute la mesure du possible, des risques de contamination par le virus du Covid-19. Il n'est pas question de revenir ici sur l'ensemble des éléments dont les ordonnances ont traité. On se bornera à relever le degré de détail dans lequel elles entrent s'agissant de la distribution des produits d'hygiène ou de l'organisation des promenades : même confronté à des questions d'ordre général, le juge des référés reste avant tout un juge des situations concrètes, ce dont atteste la mobilisation d'un nombre particulièrement élevé d'éléments chiffrés recueillis au fil de l'instruction et en permanence actualisés.

La première ordonnance du 8 avril 2020, rendue sur la requête présentée par le Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière – personnel de surveillance (CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439821), illustre bien cette manière de procéder. Après avoir jugé, pour la première fois de manière expresse, que « les autorités administratives ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé de leurs agents, eu égard aux missions qui leur sont assignées », le juge des référés prend acte de ce que certaines demandes des syndicats ont été satisfaites au cours de l'instance, qu'il s'agisse de la distribution de gants : « En premier lieu, il résulte de l'instruction et, en particulier, des déclarations du représentant du ministère de la Justice au cours de l'audience publique, que consigne sera donnée aux chefs d'établissement de doter les personnels pénitentiaires d'un nombre suffisant de gants à usage unique pour permettre à chaque agent de s'en trouver muni dès lors qu'il procède à une intervention impliquant un contact direct avec une personne détenue, à une fouille avec palpation ou à une fouille de cellules. Au demeurant, le syndicat requérant en a pris acte, au cours de l'audience publique et a considéré que sa demande était satisfaite sur ce point » ou de la mise à disposition de gel hydro-alcoolique : « En second lieu, il résulte de l'instruction que, le 26 mars 2020, 2 020 litres de gel hydro-alcoolique ont été livrés aux directions interrégionales des services pénitentiaires et que le ministère de la Justice s'est engagé à en livrer, à destination des personnels pénitentiaires, 2 500 litres par semaine. Au demeurant, le syndicat requérant en a pris acte, au cours de l'audience publique et a considéré que sa demande était également satisfaite sur ce point ». Les audiences de référé s'apparentent parfois à une forme de médiation entre les parties qui, sous la conduite du juge,

se parlent directement, s'écoutent et parfois parviennent à s'entendre. Dans pareille hypothèse, la procédure est fructueuse sans qu'il soit nécessaire que le juge ordonne quoi que ce soit dans son dispositif.

Il arrive que le juge des référés doive se montrer plus pressant, par ses questions, ses suppléments d'instruction, les indications qu'il donne clairement sur l'orientation du litige pour que les fruits de l'instance puissent être cueillis. Mais le résultat est alors le même : le dispositif de rejet ne rend pas compte des gains obtenus par les requérants. Sur la question cruciale des masques, la solution retenue par la première ordonnance du 8 avril 2020 repose ainsi sur les acquis de l'audience qui ont permis au juge de recourir, sans risquer d'être démenti par la pratique, à des énoncés performatifs : « il résulte des termes de la note du 31 mars 2020 ainsi que des explications données par le représentant du ministère de la Justice au cours de l'audience publique que la liste des 19 catégories d'agents dits « de contact » qui y figure n'est pas exhaustive et qu'il appartient à chaque chef d'établissement de l'adapter en fonction des modalités concrètes de l'organisation du travail au sein de sa structure afin de permettre à chaque agent appelé à se trouver, même occasionnellement, en contact direct et prolongé avec des personnes détenues, d'être doté d'un masque de protection. Eu égard à la nécessité de développer, de manière particulièrement accrue pendant l'état d'urgence sanitaire, la polyvalence entre agents et au recours à la redistribution des tâches entre agents que préconise la note du 31 mars 2020 afin de confier, à titre temporaire, à une proportion des personnels moins importante qu'en temps normal, l'ensemble des fonctions impliquant un contact avec les personnes détenues, il incombe aux chefs d'établissement de veiller à ce que la dotation en masques de protection se fasse non seulement à l'occasion de la prise de fonctions mais aussi, le cas échéant, en cours de journée, au moment d'un changement de poste ou d'une intervention impliquant nécessairement un contact direct et prolongé avec une personne détenue » (CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439821). Ce sont bien les motifs qui rendent compte de la satisfaction donnée aux requérants et non le seul dispositif de rejet.

La seconde ordonnance du 8 avril 2020, rendue sur la requête présentée par la Section française de l'Observatoire international des prisons (CE, juge des référés, 8 avr. 2020, n° 439827), repose largement sur une logique comparable. L'audience a porté ses fruits, en particulier en ce qui concerne le maintien des liens entre les personnes détenues et leurs avocats et la mise en place d'un protocole de signalement des personnes malades. Conformément aux engagements pris au cours de l'audience, l'administration a ainsi formalisé un protocole satisfaisant à ses obligations positives en la matière telles qu'elles avaient été définies par le juge des référés au terme du débat contradictoire : « il résulte de l'instruction que, conformément à ce qu'avaient annoncé les représentants des ministères de la Justice et de la Santé au cours de l'audience publique, un protocole relatif au signalement et à la détection des cas symptomatiques a été défini, par une note du 6 avril 2020 et l'actualisation, à la même date, de la fiche intitulée « Établissements pénitentiaires : organisation de la réponse sanitaire par les unités sanitaires en milieu pénitentiaire en collaboration avec les services

pénitentiaires » à partir des éléments discutés au cours de cette audience. Il ressort des pièces versées au débat contradictoire que la conduite à tenir en la matière est désormais clairement définie afin que puissent être détectées, dans les meilleurs délais, les personnes détenues présentant les symptômes du Covid-19. Ce protocole repose sur une responsabilité partagée entre les personnes détenues, le personnel pénitentiaire et les équipes des unités sanitaires en milieu pénitentiaire. Une information, régulièrement actualisée, sur les symptômes du virus est diffusée au sein des établissements, notamment par voie d'affichage, afin de mettre les personnes détenues à même de repérer l'apparition de symptômes et de prendre rendez-vous avec l'unité sanitaire. Afin de permettre une plus grande réactivité, il est en outre demandé aux personnels de surveillance de prévenir, par téléphone, soit l'unité sanitaire soit, en dehors de ses horaires d'ouverture, le centre 15, de tout cas préoccupant porté à leur connaissance, à la suite d'un signalement par la personne concernée ou par un co-détenu ou sur la base de leur propre évaluation de la situation. Enfin, à titre préventif, il est recommandé aux équipes des unités sanitaires de faire montre d'une vigilance renforcée, en particulier auprès des personnes vulnérables, en organisant, le cas échéant, des consultations supplémentaires et en profitant du temps de distribution des médicaments en quartier de détention pour procéder au repérage d'éventuels symptômes afin de les signaler aux médecins ».

Une telle manière de procéder, qui conduit à des « rejets constructifs », ne permet toujours d'atteindre le niveau des exigences attachées au respect des libertés fondamentales en jeu. Le juge des référés doit alors faire usage de son pouvoir d'injonction.

Tel a été le cas avec l'ordonnance du 7 mai 2020 rendue en appel à propos du centre pénitentiaire de Ducos en Martinique (CE, juge des référés, 7 mai 2020, n° 440151), qui réforme partiellement les injonctions prononcées par le premier juge. L'ordonnance commence par décrire l'état de la situation en soulignant les mesures déjà prises en ce qui concerne les contacts entre les personnes détenues et les personnes extérieures à l'établissement : « S'agissant des contacts entre les personnes détenues et les intervenants extérieurs, il résulte de l'instruction qu'ils ont lieu dans des locaux configurés de telle façon que les règles de distance entre les personnes puissent y être effectivement respectées. Les « parloirs avocats » se déroulent dans un local d'une superficie de plus de 29 m². La commission de discipline se tient dans une salle de plus de 23 m². En outre, il ressort des éléments produits par le ministère de la Justice en réponse à un supplément d'instruction qu'à compter du 11 mai 2020, tous les intervenants extérieurs (avocats, conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation, assesseur extérieur de la commission de discipline) se verront imposer le port d'un masque de protection non sanitaire lors de leurs contacts avec les personnes détenues au centre pénitentiaire de Ducos ».

Elle poursuit en relevant les limites des initiatives prises par l'administration : « Il ressort de ces mêmes éléments que si l'administration pénitentiaire envisage, le cas échéant, de les autoriser à porter, le temps de ces échanges, le masque de protection qui leur aurait été apporté par l'intervenant extérieur, le principe reste

que les personnes détenues ne seront pas dotées d'un masque lors de ces contacts » avant de constater que « compte tenu de l'obligation, à compter du 11 mai 2020, pour l'ensemble des personnels pénitentiaires de porter le masque de type chirurgical qu'il leur aura été remis par l'administration pénitentiaire et pour les intervenants extérieurs de se présenter munis d'un masque de protection non sanitaire, il apparaît que les personnes détenues seront les seules à ne pas avoir de masque de protection, à l'occasion des contacts avec des intervenants extérieurs qu'occasionnent la tenue des « parloirs avocats » ou de la commission de discipline et les entretiens avec les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation. »

L'injonction prononcée découle de l'écart entre cette situation de fait et le niveau des exigences requises : « Compte tenu de la nécessité d'assurer la plus grande efficacité possible au dispositif d'« anneau sanitaire » mis en place pour protéger les personnes détenues du risque de contamination à l'occasion de contacts avec des intervenants extérieurs, il apparaît, en l'état de l'instruction, que, dans de telles hypothèses, l'absence de fourniture d'un masque de protection non sanitaire aux personnes détenues afin qu'elles puissent le porter le temps des échanges avec le ou les intervenants extérieurs révèle, de manière caractérisée, une carence de nature à justifier, eu égard aux libertés fondamentales invoquées, qu'il soit enjoint à la ministre de la Justice et au chef d'établissement du centre pénitentiaire de Ducos de fournir, à compter du 11 mai 2020, un masque de protection non sanitaire aux personnes détenues appelées à se rendre à un « parloir avocat », une commission de discipline ou un entretien avec un conseiller pénitentiaire d'insertion et de probation. Ce masque devra être distribué par l'administration pénitentiaire à l'occasion d'un tel contact et lui être remis à son issue ».

En complétant de manière détaillée l'arsenal des mesures déjà prises et en livrant un mode d'emploi opérationnel à l'administration pénitentiaire, le juge du référé remplit son rôle en indiquant, de façon claire et précise, comment remédier à l'atteinte qu'il a constatée. Il faut noter qu'alors même que cette solution avait été rendue s'agissant du centre pénitentiaire de Ducos, l'instruction de plusieurs appels portant sur des litiges individuels a conduit l'administration pénitentiaire à généraliser à l'ensemble des établissements la solution retenue à propos de la

Martinique. Prenant acte, dans ces litiges ultérieurs, de l'application spontanée par l'administration des mesures qui lui avaient été ordonnées de prendre en Martinique, le juge des référés du Conseil d'État a rejeté les requêtes compte tenu des diligences qui avaient été effectuées.

La plasticité de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative s'est manifestée de manière notable pendant la période qui vient de s'écouler. Conçu principalement pour permettre au juge administratif de résoudre, à bref délai, des « litiges-micro » présentés par des particuliers, le référé-liberté a progressivement été utilisé par des requérants, personnes morales, pour porter, des « litiges-macro ». La matière pénitentiaire en est l'illustration. Le juge a aussi bien été saisi de conclusions portant, de manière panoramique, sur l'ensemble de la situation carcérale en France, de la situation d'un établissement particulier ou de litiges individuels portant sur les conditions de détention d'une personne. La focale utilisée par le juge varie dans chaque affaire : elle dépend en effet de la nature et de l'ampleur des enjeux qui lui sont soumis. Mais l'office du juge reste le même.

La logique à l'œuvre dans l'ordonnance rendue à propos de la situation particulière d'un établissement donné, le centre pénitentiaire de Ducos, qui reprend celle consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'office du juge du référé-liberté en matière pénitentiaire, se retrouve ainsi, de manière amplifiée, dans les deux ordonnances rendues en premier ressort où les requérants qui invitaient le juge à se saisir de la politique publique pénitentiaire d'un point de vue « macro ». Les limites de l'office du juge sont, compte tenu des conclusions d'ordre très général présentées par les requérants, plus vite rencontrées : ce n'est pas au juge des référés de définir, par ses injonctions, des choix de politiques publiques d'ordre structurel. Mais dès lors que sont en cause des mesures d'organisation du service qui sont à sa main, c'est-à-dire des mesures provisoires de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale auquel la carence de l'administration porte manifestement atteinte, le juge des référés mobilise à plein les outils inquisitoriaux à sa disposition pour accompagner sinon contraindre l'administration dans la définition, parfois de façon très fine, des réglages du service public pénitentiaire qu'appelle la protection effective des droits et libertés.

[...]

III. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

Question préjudicielle renvoyée par l'autorité judiciaire sur la légalité d'un acte réglementaire : quels sont les moyens opérants ? ^{383b0}

L'essentiel Les moyens critiquant les conditions d'édiction d'un acte réglementaire ainsi que les vices de forme et de procédure dont il serait entaché sont, dans le cadre d'une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte administratif réglementaire posée par le juge judiciaire au Conseil d'État, inopérants.

CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 431255, Société La Grand'Maison, Lebon T., M. Monteillet, rapp., M^{me} Merloz, rapp. publ. ; SCP Potier de la Varde, Buk Lament, Robillot, av.

Note

L'Interprofession des vins de Loire (InterLoire), organisation interprofessionnelle agricole reconnue sur le fondement de l'article L. 632-1 du Code rural et de la pêche maritime, a demandé au tribunal d'instance de Tours de condamner la société La Grand'Maison à lui verser une somme de 7 753,14 € au titre des cotisations qu'elle lui réclame sur le fondement de divers accords interprofessionnels qui ont fait l'objet d'une extension.

Par un jugement du 27 mai 2019, le tribunal d'instance de Tours a sursis à statuer et a transmis au Conseil d'État la question de la légalité de quatre arrêtés interministériels des 30 mars 2011, 27 janvier 2012, 28 mars 2012 et 9 janvier 2015 étendant plusieurs accords interprofessionnels et leurs avenants, en application de la jurisprudence du Tribunal des conflits *SCEA du Chéneau* du 17 octobre 2011 (T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828, Lebon, p. 697), selon laquelle, en cas de contestation sérieuse, par voie d'exception, de la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, sauf s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal.

C'est bien au Conseil d'État qu'il revenait de trancher cette question, compte tenu de la nature réglementaire des arrêtés d'extension d'un accord professionnel agricole (v. CE, 11 déc. 1987, n° 56645, M. D., au recueil Lebon sur un autre point ; CE, 10 août 2005, n°s 253171 et 253196, Syndicat régional des pisciculteurs du Massif central, Lebon T., p. 734-1062), dont il connaît en premier et dernier ressort en vertu des dispositions combinées des 2° et 6° de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative.

Si la décision commentée mérite l'attention, ce n'est pas parce qu'elle remettrait en cause le cadre particulier, précisé par la décision de section du 17 octobre 2003 (CE, 17 oct. 2003, n° 244521, Lebon, p. 403), dans lequel le juge administratif, saisi d'un recours en appréciation de validité dans le cadre d'une question préjudicielle posée par l'autorité judiciaire, exerce son office.

D'une part, les questions soumises, et par suite la mission du juge du renvoi, demeurent entièrement définies par la décision de sursis à statuer du juge judiciaire. Le point 2 de la décision synthétise ainsi l'état de la jurisprudence : « En vertu des principes généraux relatifs à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, il n'appartient pas à la juridiction administrative, lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte administratif, de trancher d'autres questions que celle qui lui a été renvoyée par l'autorité judiciaire. Il suit de là que, lorsque la juridiction de l'ordre judiciaire a énoncé dans son jugement le ou les moyens invoqués devant elle qui lui paraissent justifier ce renvoi, la juridiction administrative doit limiter son examen à ce ou ces moyens et ne peut connaître d'aucun autre, fût-il d'ordre public, que les parties viendraient à présenter devant elle à l'encontre de cet acte. Ce n'est que dans le cas où, ni dans ses motifs ni dans son dispositif, la juridiction de l'ordre judiciaire n'a limité la portée de la question qu'elle entend soumettre à la juridiction administrative, que cette dernière doit examiner tous les moyens présentés devant elle, sans qu'il y ait lieu alors de rechercher si ces moyens avaient été invoqués dans l'instance judiciaire. »

D'autre part, le respect de la séparation des juridictions judiciaires et administratives conduit le juge du renvoi à

s'interdire de prendre position sur la question de savoir si la difficulté renvoyée est sérieuse ou si elle est nécessaire à la solution du litige. Il n'appartient ainsi pas au juge administratif, saisi d'une question préjudicielle en appréciation de légalité, de statuer sur la recevabilité de l'exception d'illégalité qui se trouve à l'origine du renvoi ni sur le caractère définitif et créateur de droit des décisions administratives en litige (CE, 19 mai 2000, n° 208545, Mutuelle de la RATP, Lebon T., p. 858-906), et notamment, pour ce faire, de déterminer où cet acte n'aurait pas été régulièrement notifié, si le délai raisonnable pour en demander l'annulation a expiré (CE, 29 nov. 2019, n° 429248, Procureur de la République de Marseille, Lebon T.).

L'intérêt de la décision rapportée tient à la transposition de la jurisprudence d'assemblée du 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT* (CE, 18 mai 2018, n° 414583, Lebon, p. 188), à l'hypothèse du recours en appréciation de validité sur question préjudicielle posée par le juge judiciaire.

Plusieurs des moyens relevés dans les motifs du jugement du tribunal d'instance de Tours avaient trait en effet à la légalité externe des arrêtés. Si le Conseil d'État avait eu à les examiner dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le refus d'abroger ces arrêtés réglementaires ou dans celui d'une contestation de cet acte formée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative ultérieure prise pour l'application de cet acte ou dont ce dernier constitue la base légale, il les aurait écartés comme inopérants, en vertu de cette récente jurisprudence. Ces critiques ne peuvent désormais être utilement présentées que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même, introduit avant l'expiration du délai de recours, à la différence de la contestation de la compétence de son auteur, de l'existence d'un détournement de pouvoir et de la légalité des règles fixées, qui peuvent être critiquées, aussi bien pour voie d'action que par voie d'exception, dès lors qu'elle sont seules susceptibles, par nature, d'être transportées dans un autre acte à l'occasion de sa mise en œuvre, et donc de perpétuer une illégalité dans une multitude d'actes subséquents.

La décision commentée reprend ainsi le considérant de principe de la décision *CFDT Finances* et assimile implicitement la question préjudicielle posée par l'autorité judiciaire à une exception d'illégalité, ce qui le conduit à écarter comme inopérants les moyens tirés du défaut de motivation des arrêtés contestés ainsi que de la méconnaissance de l'obligation de publication prévue par l'article 165 du règlement (UE) n° 1308/2013 du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles.

Ce faisant, il ne déroge pas à la règle qu'il s'est fixée de ne pas vérifier la recevabilité de la question préjudicielle qui lui est renvoyée par le juge judiciaire, mais l'éclaire entièrement sur la portée des critiques adressées à l'acte administratif réglementaire, compte tenu de la temporalité dans laquelle se situe le litige.

Reste à savoir si les juridictions judiciaires, en particulier la Cour de cassation, considérera désormais, saisie par voie d'exception de la légalité d'un acte administratif réglementaire, être face à une jurisprudence établie, selon le critère fixé par la décision du tribunal des conflits *SCEA du Chéneau* (T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828), la conduisant à écarter comme inopérants les vices de légalité externe. On peut le penser : la décision ici rapportée est un signal en ce sens.