

# II. Documentación



# Introducción

Las resoluciones más abajo reproducidas no pretenden ofrecer una visión exhaustiva de la jurisprudencia francesa de estos últimos años. Relativas a temas muy diversos, únicamente buscan ilustrar determinadas líneas jurisprudenciales que, en distinto grado, pueden ser consideradas innovadoras e importantes.

En primer lugar se incluye una decisión del Consejo Constitucional, de 27 de enero de 1987, dictada en relación con el contencioso de la competencia; esta resolución es interesante tanto por lo que atañe al reparto competencial entre las jurisdicciones administrativa y ordinaria como por lo que se refiere a los procedimientos de urgencia (suspensión de la ejecución) y a las garantías esenciales de defensa del justiciable.

Dictada igualmente en materia de Derecho de la competencia, la resolución del Tribunal de Conflictos de 6 de junio de 1989, Prefecto de la Región Ile-de-France c/ Tribunal de Apelación de París, también atrae la atención acerca del reparto de competencias jurisdiccionales; pero su aportación más importante se refiere a las cruciales cuestiones de la aplicación de las disposiciones del Derecho de la competencia a las personas públicas y de saber si el hecho para éstas de encomendar la gestión de un servicio público a un contratista privado constituye o no una actividad de producción, de distribución o de servicio (puesto que aquí reside el criterio de aplicabilidad del Derecho de la competencia).

En materia de dominio público, conviene prestar atención a las resoluciones de sección del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1994 (Cie D'Assurnace Préservatrice Foncière) y de 25 de febrero de 1994 (S.O.F.A.P.: Marignan-Immobilier).

A la primera, porque pone de relieve la incompatibilidad que existe entre el régimen del dominio público (y las obras públicas) y el de la copropiedad.

A la segunda (dictada antes de la reforma de las modalidades de utilización del dominio público llevada a cabo por la ley de 25 de julio de 1994), porque intenta conciliar los principios jurídicos y la rentabilidad económica, precisando las condiciones de terminación de un arrendamiento enfitéutico sobre el dominio público.

Relativas al Derecho urbanístico, las resoluciones Sociedad GEPRO, de 12 de diciembre de 1986 (perfectamente explicada en las conclusiones del Comisario del Gobierno, Ch. Vigoroux, también reproducidas) y Asociación de Protección del Patrimonio Martiniqués (ASSAUPAMAR), de 8 de junio de 1990, están entre las más destacables de estos últimos años en la medida en que abordan la importante cuestión de la incidencia de la ilegalidad del Plan de Urbanismo (P.O.S.) sobre las licencias de construcción y, de forma más general, sobre las autorizaciones de utilización del suelo concedidas de acuerdo con el plan antes de su anulación o de su declaración de ilegalidad.

Por lo que se refiere al Derecho de la responsabilidad, son sobre todo los problemas de la salud pública y especialmente la grave cuestión de las víctimas del S.I.D.A. los que últimamente han dado lugar a decisiones reseñables. Las resoluciones que se reproducen aquí proporcionan ejemplos significativos.

Una resolución muy importante de la Asamblea del Consejo de Estado, la resolución Bianchi, de 9 de abril de 1993 (conclusiones del Comisario del Gobierno S. Daël), determina la entrada de la responsabilidad sin falta en el marco del servicio público hospitalario como consecuencia de los graves perjuicios ocasionados a un paciente por la inyección de un medicamento. Continuando esta decisión, las resoluciones del día 26 de mayo de 1995 (consórtes N'Guyen, M. Jouan, y consortes Pavan) se pronuncian sobre las condiciones de indemnización de las víctimas de la transmisión, por vía de transfusión de sangre, del virus del S.I.D.A. y del de la hepatitis.

Sin perjuicio de las útiles aportaciones que contienen para la protección de los derechos del hombre, las resoluciones Bererciartúa Echarri, de 1 de abril de 1988, y Grupo de información y atención de los trabajadores inmigrados (GISTI), de 29 de junio de 1990, reflejan sobre todo importantes progresos en la jurisprudencia relativa a la asunción del Derecho internacional por el juez nacional.

En el asunto Bererciartúa Echarri el Consejo de Estado ha aceptado consagrar un principio general del Derecho extrayéndolo de una convención internacional.

Con la resolución GISTI (*v.*, asimismo, las conclusiones del Comisario del Gobierno Ronny Abraham), el Consejo rompe con una vieja tradición jurisprudencial de casi dos siglos reconociéndose competente para interpretar las convenciones internacionales.

En relación más específicamente con la aplicación del Derecho comunitario, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha conocido igualmente cambios decisivos con, en particular, las resoluciones de asamblea de 3 de febrero de 1989, Compañía Alitalia, y de 20 de octubre de 1989, Nicolo.

La resolución Alitalia (que también tiene interés por lo que se refiere a la obligación de la Administración de estimar una demanda de derogación de un reglamento ilegal) lleva a la jurisprudencia a dar un nuevo paso en relación con la obligación de aplicación de las directivas comunitarias. La innovación de esta decisión reside en que las autoridades nacionales «no pueden, una vez finalizado el plazo concedido,... dejar que subsistan disposiciones reglamentarias no compatibles con los objetivos establecidos por las directivas...».

La fórmula presenta un doble alcance. Por una parte, el del plazo concedido por la directiva a las autoridades nacionales para proceder a que la trasposición se imponga. Por otra parte, la finalización del plazo entraña, aun cuando no se haya realizado la trasposición, la ilegalidad de las disposiciones reglamentarias anteriores que no son compatibles con los objetivos de la directiva.

Así, en adelante, la contradicción entre una directiva y las disposiciones reglamentarias se sanciona no sólo para las nuevas disposiciones sino también para las anteriores.

A partir de una resolución de principios de 1968 (CE secc., 1 de marzo de 1968, Sindicato General de Fabricantes de sémola de Francia), el Consejo de Estado venía resolviendo la contradicción entre dos normas haciendo prevalecer la norma posterior, sea ésta el tratado o la ley. En consecuencia, no anulaba el acto administrativo contrario a un tratado internacional si había sido adoptado en ejecución de una ley francesa posterior al tratado.

La solución que consagra la resolución Nicolo rompe con esta línea jurisprudencial que venía siendo objeto de crítica por la doctrina. Abandona la teoría de la «ley-pantalla», admitiendo la superioridad de los tratados sobre las leyes posteriores, lo que conduce a descartar su aplicación.



## **Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987. Décision n° 86-224 DC**

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 24 décembre 1986, par MM. Joxe et autres députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la conformité à celle-ci de la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence.

Le Conseil constitutionnel,

Vu la Constitution;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de ladite ordonnance;

Le rapporteur ayant été entendu;

Considérant qu'en application de l'article 38 de la Constitution la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986, publiée au Journal officiel du 3 juillet

1986, a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnances diverses mesures d'ordre économique et social; que cette autorisation était donnée pour une durée de six mois à compter de la publication de la loi; que le projet de loi portant ratification des ordonnances devait être déposé devant le Parlement au plus tard le 31 décembre 1986;

Considérant que, sur le fondement de ladite loi, sont intervenues diverses ordonnances, notamment l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence; que, le 21 décembre 1986, le gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi portant ratification de huit ordonnances dont celle du 1<sup>er</sup> décembre 1986;

qu'à ce jour le Parlement n'a pas statué sur ce projet de loi;

Considérant que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 crée un conseil de la concurrence: qu'au nombre des attributions dudit conseil figure le pouvoir de prendre deux sortes de mesures à l'encontre des entreprises ou des personnes auxquelles seraient reprochées des pratiques anticoncurrentielles;

Considérant en premier lieu que l'article 12 de l'ordonnance dispose que le conseil de la concurrence peut prendre des mesures conservatoires pouvant comporter une suspension de la pratique concernée ainsi que l'injonction aux intéressés de revenir à l'état antérieur; que le quatrième alinéa de l'article 12 prévoit que ces mesures «peuvent faire l'objet d'un recours en référé devant le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat»;

Considérant en second lieu que l'article 13 de l'ordonnance confère au conseil de la concurrence le pouvoir d'ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou d'imposer des conditions particulières ainsi que celui d'infliger des sanctions pécuniaires applicables soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions; que le montant maximal de ces sanctions pécuniaires est de 5% du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos ou, si le contrevenant n'est pas une entreprise, de 10 millions de francs; que l'article 14 dispose que, en outre, de telles sanctions pécuniaires peuvent être prises si les mesures et injonctions prévues aux articles 12 et 13 ne sont pas respectées;

Considérant que l'article 15 de l'ordonnance dispose: «Les décisions du conseil de la concurrence sont communiquées aux intéressés et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans les deux mois, former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat. Les décisions sont publiées au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le ministre chargé de l'économie veille à leur exécution. Le recours n'est pas suspensif.»

Considérant que les députés auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, définitivement votée le 20 décembre 1986;

Considérant que ladite loi dispose: «*Art. 1<sup>er</sup>*—Le quatrième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est ainsi rédigé: “La décision du conseil peut faire l'objet d'un recours, dans les dix jours suivant sa notification, devant la cour d'appel de Paris qui statue dans les quinze jours de sa saisine”.—*Art. 2*.—Le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 précitée est ainsi rédigé: “Les décisions du conseil de la concurrence sont notifiées aux intéressés et au ministre chargé de l'économie qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours devant la cour d'appel de Paris.”»

Considérant que les députés auteurs de la saisine demandent au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi précitée, notamment en tant qu'elle transfère à une



juridiction de l'ordre judiciaire la mission de statuer sur les recours formés contre les décisions du conseil de la concurrence;

Considérant que les auteurs de la saisine font en outre valoir que, en modifiant certains articles de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, les dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel impliquent ratification législative des autres articles de l'ordonnance et qu'il appartient dès lors au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution des mesures ainsi ratifiées;

Considérant ainsi qu'il convient pour le Conseil d'examiner, en premier lieu, la conformité à la Constitution de la procédure législative ayant abouti à la loi qui est lui est déferée, en second lieu, la conformité à la Constitution des dispositions transférant à la cour d'appel de Paris le contrôle des décisions du conseil de la concurrence, enfin l'existence et, le cas échéant, la conformité à la Constitution de la ratification implicite par le législateur de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

#### *Sur la procédure législative*

Considérant que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel modifie les articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prise, dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, en vertu de la loi du 2 juillet 1986, alors que cette dernière loi accordait au gouvernement l'autorisation de statuer par voie d'ordonnances jusqu'à une date postérieure à celle à laquelle la loi présentement examinée a été votée;

Considérant que l'article 41 de la Constitution dispose: «S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours»;

Considérant qu'au cours de la discussion devant le Parlement de la proposition de loi qui est à l'origine de la loi présentement examinée le gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité comme il aurait eu la faculté de le faire; qu'ainsi la procédure législative suivie n'a comporté aucune méconnaissance de la Constitution;

#### *Sur le transfert à la juridiction judiciaire du contrôle des décisions du conseil de la concurrence*

Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juri-

diction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle;

Considérant cependant que, dans la mise en oeuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé;

Considérant que, si le conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anti-concurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence; qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence;

Considérant dès lors que cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé tel qu'il est reconnu par les lois de la République;

Mais considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel a pour effet de priver les justiciables d'une des garanties essentielles à leur défense;

Considérant en effet que le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dispose que le recours formé contre une décision du conseil de la concurrence «n'est pas suspensif»; que cette disposition n'aurait pas fait obstacle à ce que, conformément à l'article 48 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 et au décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, le Conseil d'Etat pût, à la demande du requérant, accorder un sursis à l'exécution de la décision attaquée si son exécution risquait d'entraîner des conséquences difficilement réparables et si les moyens énoncés dans la requête paraissaient sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée;

Considérant au contraire que la cour d'appel de Paris, substituée par la loi présentement examinée au Conseil d'Etat, saisie d'un recours contre une décision du conseil de la concurrence, ne pourrait prononcer aucune mesure de sursis à exécution; qu'en effet la loi a laissé subsister dans son intégralité le troisième alinéa de l'article 15 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et n'a pas donné à la cour d'appel le pouvoir de différer l'exécution d'une décision de caractère non juridictionnel frappée

d'un recours auquel est dénié tout effet suspensif, et ceci quelle que soit la gravité des conséquences de l'exécution de la décision et le sérieux des moyens invoqués contre celle-ci;

Considérant que, compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense;

Considérant dès lors que les dispositions de l'article 2 de la loi présentement examinée ne sont pas conformes à la Constitution; que, les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> n'en étant pas séparables, la loi doit, dans son ensemble, être regardée comme non conforme à la Constitution;

*Sur les dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986*

Considérant qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une

loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement; que, saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution;

Mais, considérant en l'espèce que la déclaration de non-conformité à la Constitution qui doit, pour les raisons sus-énoncées, être prononcée à l'encontre de la loi présentement examinée prive celle-ci d'effet; que, dès lors, en tout état de cause, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 est et demeure dans sa totalité, jusqu'à l'intervention d'une loi la ratifiant, un texte de valeur réglementaire dont la régularité juridique ne peut être appréciée par le Conseil constitutionnel;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: La loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence est contraire à la Constitution.

Art. 2: La présente, décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

**Tribunal des conflits. 6 juin 1989 (MM. Caillet, rapp.; Stirn, c. du g.; Mes Ancel, Célique et Ryziger, av.). Aff.: Préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/Cour d'appel de Paris, Sté d'exploitation et de distribution d'eau.—Req. n° 2578**

Vu, enregistrée au secrétariat du Tribunal des conflits le 9 mars 1989, une lettre par laquelle le garde des Sceaux, ministre de la

Justice, transmet le dossier de la procédure opposant la Société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.) à la ville de Pamiers et

à la Société lyonnaise des eaux (S.L.E.);

Vu le déclinatoire de compétence présenté le 23 novembre 1988 par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, tendant à ce que la cour d'appel de Paris se déclare incompétente pour statuer sur la demande par laquelle la Société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.) sollicite qu'il soit mis fin aux pratiques anticoncurrentielles qu'elle impute tant à la ville de Pamiers qu'à la Société lyonnaise des eaux (S.L.E.), et ce, aux motifs que la décision du conseil municipal de Pamiers de résilier le contrat de gérance conclu avec la Société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.) et de concéder à la Société lyonnaise des eaux (S.L.E.) l'exécution du service public de la distribution de l'eau, prise dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, ne saurait constituer l'activité de production, de distribution et de services entrant dans le champ d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, et que la cour d'appel ne saurait faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative tendant à l'organisation des services publics et à la libre administration des collectivités locales;

Vu l'arrêt en date du 19 janvier 1989 notifié le 20 janvier suivant, par lequel la cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable comme tardif le déclinatoire de compétence;

.....

Considérant que, par délibération du 10 mars 1988, le conseil municipal de Pamiers, décidant de

substituer, pour le service public de distribution de l'eau, un mode d'exploitation à un autre, résilia le contrat de gérance liant la ville à la Société d'exploitation et de distribution d'eau (S.A.E.D.E.) et conclut un contrat d'affermage avec la Société lyonnaise des eaux (S.L.E.), que, parallèlement à une requête qu'elle avait déposée devant la juridiction administrative pour obtenir tant l'annulation de cette délibération que le sursis à son exécution, la S.A.E.D.E., estimant avoir été victime de pratiques anticoncurrentielles, a formé devant le Conseil de la concurrence deux recours, l'un, enregistré sous le n° C. 154, aux fins de mesures conservatoires et pour qu'il soit enjoint aux parties de revenir à l'état antérieur, l'autre, enregistré sous le n° C. 158, aux mêmes fins et, en outre, au fond pour qu'il soit fait droit aux prétensions de la S.A.E.D.E. en remédiant à une situation prohibée par les articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986;

Considérant que, par une unique décision en date du 17 mai 1988 mais par deux dispositions distinctes, le Conseil de la concurrence a, d'une part, déclaré non recevable la saisine enregistrée sous le n° C. 158, d'autre part, rejeté la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le n° C. 154; que contre cette décision la S.A.E.D.E. a introduit deux recours sur le fondement, l'un de l'article 12, alinéa 4, l'autre de l'article 12, alinéa 4, l'autre de l'article 15, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ordonnance susvisée; que, statuant sur le premier par arrêt du 30 juin 1988, la cour d'appel de Paris a réformé la décision du 17 mai 1988 en ce qu'elle avait rejeté la demande de mesures conservatoires, en conséquence a dit

que les effets de la situation née de la résiliation du contrat qui bénéficiait à la S.A.E.D.E. et de l'affermage du service des eaux au profit de la S.L.E. sont suspendus jusqu'au jour du prononcé de l'arrêt sur le fond; qu'au cours de l'instance à laquelle a donné lieu le second recours le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, a déposé un déclinaoire de compétence que par arrêt du 19 janvier 1989 la cour d'appel a déclaré irrecevable comme tardif; que le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, a, par arrêté du 3 février 1989, élevé le conflit;

#### *Sur la recevabilité*

Considérant que, pour déclarer irrecevable comme tardif le déclinaoire de compétence, la cour d'appel de Paris a retenu que, par son arrêt du 30 juin 1988, ayant force de chose jugée, elle avait affirmé définitivement la compétence du Conseil de la concurrence et la sienne propre dès lors qu'elle avait réformé la décision dudit Conseil qui avait rejeté la demande de mesures conservatoires comme conséquence directe de sa déclaration d'irrecevabilité de la saisine;

Mais considérant que, si un arrêt intervenu dans une procédure antérieure aux fins de mesures conservatoires a reconnu aux pratiques dénoncées le caractère de pratiques anticoncurrentielles, cette décision ne saurait empêcher le préfet, agissant en application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 1828, d'élever le conflit dans la présente procédure tendant à ce qu'il soit mis fin auxdites pratiques, encore que la question du caractère de celles-ci se posât dans l'une et l'autre instance; qu'il s'ensuit que, le décli-

natoire de compétence ayant été adressé avant arrêt définitif, l'arrêté de conflit est recevable;

#### *Sur la compétence*

Considérant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et qu'il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance sus-visée;

Considérant que, dès lors que l'allégation de pratiques anticoncurrentielles qui la fonde ne tend, en réalité, qu'à faire échec à l'exécution de la décision d'une collectivité territoriale prise dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, la demande de la S.A.E.D.E. ressortit aux juridictions de l'ordre administratif; que c'est donc à bon droit que le conflit a été élevé;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: L'arrêté de conflit du préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris en date du 3 février 1989 est confirmé.

Art. 2: La procédure suivie devant la cour d'appel de Paris et l'arrêt rendu le 19 janvier 1989 par ladite cour d'appel sont déclarés nuls et non avenue.

**Conseil d'Etat, Section.—11 février 1994.** (MM. Schneider, rapp.; Toutée, c. du g.; SCP Coutard, Mayer et Me Ancel, av.). **Aff.: Compagnie d'assurances Préservatrice foncière.—Req. n° 109564**

*Sur la compétence de la juridiction administrative*

Considérant que les dommages dont la Compagnie d'assurances Préservatrice foncière poursuit la réparation sont la conséquence d'un incendie survenu le 19 juillet 1982 dans les locaux occupés par la direction générale des impôts dans un immeuble sis 11, rue Tronchet à Paris;

Considérant que ces locaux constituent la partie privative d'un lot dont l'Etat est propriétaire dans un immeuble qui comporte également des locaux à usage commercial et d'habitation appartenant à des personnes privées ainsi que des parties communes; qu'ils sont soumis aux dispositions de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis dont l'article 1<sup>er</sup> dispose qu'elle régit «tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes».

Considérant que les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965, et notamment la propriété indivise des parties communes —au nombre desquelles figurent, en particulier, outre le gros oeuvre de l'immeuble, les voies d'accès, passages et corridors—, la mitoyenneté présumée des cloisons et des murs séparant les parties privatives, l'interdiction faite aux

copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité, la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur son lot, sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics; que, par suite, des locaux acquis par l'Etat, fût-ce pour les besoins d'un service public, dans un immeuble soumis au régime de la copropriété n'appartiennent pas au domaine public et ne peuvent être regardés comme constituant un ouvrage public; que, par conséquent, les dommages qui trouveraient leur source dans l'aménagement ou l'entretien de ces locaux ne sont pas des dommages de travaux publics;

Considérant qu'il n'a pas été soutenu devant les juges du fond que les dommages dont la société requérante demande réparation seraient imputables au fonctionnement défectueux d'un service public;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel de Paris a décidé que les juridictions administratives n'étaient pas compétentes pour connaître de sa demande;

Décide:

Article 1<sup>er</sup>: La requête de la Compagnie d'assurances Préservatrice foncière est rejetée.

**Conseil d'Etat, Section.—25 février 1994.** (MM. Chabanol, rapp.; Arrighi de Casanova, c. du g.; SCP Peignot, Garreau, Me Odent, SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, av.). **Aff.: SOFAP Marignan Immobilier.—Req. nos. 144641 et 145406**

Considérant que les requêtes susvisées sont dirigées contre le même jugement et concernent la même opération; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision;

Considérant que, en vue d'étendre les locaux de l'hôtel de ville, le conseil municipal de la ville de Lille a, par délibération du 16 décembre 1991, autorisé le maire à signer avec la SCI Desrousseaux un bail emphytéotique mettant, pendant soixante-cinq ans, des terrains dont la commune est propriétaire à la disposition de cette société, à charge pour cette dernière d'y réaliser un bâtiment destiné pour partie à l'extension de l'hôtel de ville, pour partie à abriter des bureaux privés, la société s'engageant à donner en location à la ville contre versement d'un loyer les surfaces répondant à ses besoins, et l'ensemble du bâtiment devant en fin de bail revenir à la ville; que le permis de construire de ce bâtiment a été délivré à la société SOFAP Marignan Immobilier, mandataire de la SCI Desrousseaux, par arrêté en date du 26 mai 1992 du maire de Lille; que la ville de Lille et la société SOFAP Marignan Immobilier demandent l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif de Lille a annulé la délibération et le permis de construire susmentionnés;

*En ce qui concerne la délibération du 16 décembre 1991*

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la loi susvisée du 5 janvier 1988: «II. Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en

faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence»; que ces dispositions, qui étendent aux opérations qu'elles visent la possibilité pour une collectivité de consentir un bail emphytéotique sur les biens appartenant à son domaine privé ou public, n'excluent pas qu'un tel bail soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage mis à la disposition de la collectivité elle-même.

Considérant, d'une part, qu'il est constant que le bail en cause répond aux conditions posées tant par l'article L. 451-1 du Code rural que par les dispositions du paragraphe III de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 qui définissent les conditions auxquelles doivent satisfaire les baux passés en application du paragraphe II du même article; qu'il ne ressort pas du dossier que les clauses financières qu'il comporte révéleraient une dénaturation de l'objet d'une telle convention; que si, contrairement aux dispositions de l'article L. 451-5 du Code rural, le bailleur a en l'espèce le droit de résilier unilatéralement la convention dans certaines hypothèses, une telle stipulation, exorbitante du droit commun, peut être insérée dans un bail souscrit en application des dispositions précitées de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988, sans que le con-

trat ainsi passé perde sa qualité de bail emphytéotique; qu'enfin un tel bail peut valablement, compte tenu de l'objet qui lui est assigné par la loi, imposer au preneur des obligations tenant à l'utilisation qu'il fera du bien mis à sa disposition;

Considérant qu'il suit de là que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, le bail dont s'agit constitue, conformément à sa désignation, un bail emphytéotique dont la passation est autorisée par les dispositions précitées de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988;

Considérant d'autre part que, dans l'opération ainsi entreprise, la ville de Lille n'assurera pas la direction technique des actions de construction, ne deviendra propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail et ne jouera ainsi, ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage; que, par suite, l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas, même si une partie des ouvrages répond aux besoins de la ville de Lille, le caractère d'une opération de travaux publics; que c'est par suite à tort que le tribunal administratif s'est, pour annuler la délibération autorisant la passation du bail, fondé sur ce que ladite opération constituait en réalité un marché de travaux publics et ne pouvait être réalisée sur le fondement de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988.

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés en première instance à l'encontre de la délibération attaquée;

Considérant en premier lieu que le moyen tiré de ce que la délibération

ne désignerait pas le preneur manqué en fait; que la circonstance qu'à la date de cette délibération les formalités de constitution de la SCI Desrousseaux, preneur désigné, n'aient pas encore été achevées est sans influence sur la légalité de la délibération contestée;

Considérant en second lieu que s'il résulte des dispositions de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique qu'il est interdit à un maître d'ouvrage public de se démettre de son rôle lorsqu'il fait édifier un ouvrage pour son compte et que, si l'ouvrage en cause répond pour partie aux besoins de la ville de Lille, cette dernière ne peut, ainsi qu'il vient d'être dit, être regardée comme maître d'ouvrage; que, par suite, le moyen tiré de la violation des dispositions susmentionnées ne peut qu'être écarté;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la ville de Lille est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement en date du 17 décembre 1992, le tribunal administratif de Lille a annulé sa délibération du 16 décembre 1991;

*En ce qui concerne le permis de construire délivré le 26 mai 1992*

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal s'est fondé sur l'illégalité de la délibération susmentionnée pour prononcer l'annulation du permis de construire;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés en première instance à l'encontre du permis de construire attaqué;

Considérant en premier lieu que si les demandeurs soutiennent que, la



réalisation de la construction envisagée appelant la destruction d'arbres, la demande de permis de construire aurait dû être accompagnée d'une autorisation d'abattage d'arbres, il résulte des dispositions de l'article R. 421-3-1 du Code de l'urbanisme que la production d'une telle autorisation n'est exigée que pour les projets affectant un des espaces classés par le plan d'occupation des sols en application de l'article L. 130-1 du même code; qu'il est constant que tel n'est pas le cas du terrain sur lequel doit être édiflée la construction projetée;

Considérant en second lieu que, si l'un des demandeurs soutient que les plans accompagnant la demande de permis diffèrent des documents cadastraux, cette seule circonstance, à la supposer exacte, n'établit pas que l'autorité délivrant le permis de construire aurait commis, sur l'étendue et la circonstance des droits de la société demandant ce permis, des erreurs affectant son droit à construire;

Considérant en troisième lieu que le permis de construire contesté a été délivré après le retrait d'un précédent permis délivré quelques mois auparavant au même pétitionnaire pour la même projet; que les circonstances de fait et de droit n'ayant pas changé entre la délivrance de l'une et l'autre des deux autorisations, l'autorité administrative n'avait pas à procéder à une nouvelle instruction avant de se prononcer à nouveau sur la demande dont elle était saisie;

Considérant en quatrième lieu que ne sont soumises à la procédure de concertation instituée par la loi du 14 juillet 1991 que les opérations d'aménagement définies par l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme; qu'aux termes de ce dernier, «les actions ou opérations d'aménage-

ment ont pour objet de mettre en oeuvre une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels»; que, même si elle a pour objet de réaliser un bâtiment qui sera partiellement consacré à la satisfaction de besoins publics, l'opération de construction envisagée ne peut être regardée comme une opération d'aménagement au sens de ces dispositions; que par suite le moyen tiré de ce que le permis de construire ne pouvait être délivré qu'après déroulement d'une procédure de concertation droit être écarté;

Considérant en cinquième lieu que, si certains demandeurs ont soutenu devant les premiers juges que le permis de construire accordé méconnaissait des règles de prospect, leur argumentation, tirée de ce que la construction envisagée porterait atteinte aux vues et commodités de l'immeuble qu'ils occupent, et méconnaîtrait des promesses qui leur auraient été faites sur ce point lors de sa construction, en 1962, ne fait état d'aucune disposition du plan d'occupation des sols que violerait le permis attaqué; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des règles de prospect ne peut qu'être écarté;

Considérant enfin que le bâtiment envisagé est doté d'un nombre de places de stationnement excédant celui qui résulte de l'article 12 du règlement du plan d'occupation des sols; que par suite le moyen tiré de l'insuffisance du nombre de ces emplacements doit être écarté;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société SOFAP Marignan Immobilier et la ville de Lille sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement en date du 17 décembre 1992, le tribunal administratif de Lille a annulé le permis délivré le 26 mai 1992;

*En ce qui concerne l'application des dispositions de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991*

Considérant qu'aux termes du I de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991: «Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées de ces mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation»;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que la ville de Lille et la société SOFAP Marignan Immobilier, qui ne sont pas dans les présentes instances les parties perdantes, soient condamnées à payer aux défendeurs la somme qu'ils réclament au titre des frais exposés et non compris dans les dépens;

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de

condamner les défendeurs à payer à la ville de Lille et à la société SOFAP Marignan Immobilier les sommes qu'elles réclament au même titre;

Décident:

Art. 1<sup>er</sup>: Les articles 2 et 3 du jugement du 17 décembre 1992 du Tribunal administratif de Lille sont annulés.

Art. 2: Les demandes présentées au tribunal administratif de Lille par Mme Boidein, MM. Joseph, Lecomte, Henneton, tendant à l'annulation de la délibération du conseil municipal de Lille en date du 16 décembre 1991, et les demandes présentées par Mme Boidein, MM. Joseph, Lecomte, Henneton, l'Association de défense des droits des riverains de l'hôtel de ville et le syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier du Beffroi, tendant à l'annulation du Permis de construire délivré le 16 mai 1992 par le maire de Lille à la société SOFAP Marignan Immobilier sont rejetées.

Art. 3: Les conclusions présentes, d'une part par la ville de Lille et la société SOFAP Marignan Immobilier, d'autre part par Mme Boidein, MM. Joseph, Lecomte, Henneton, Association de défense des droits des riverains de l'hôtel de ville et le syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier du Beffroi, tendant à l'application des dispositions de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

**Conseil d'Etat, Section.—12 décembre 1986.** (MM. Errera, rapp.; Vigouroux, c. du g.; Me Boulloche et S.C.P. Martin-Martinière, Ricard, av.). **Aff.: Sté Gepro.—Req. n° 54701**

*Conclusions de Christian Vigouroux commissaire du gouvernement*

Quelles conséquences a l'annulation par le juge d'un plan d'occupation des

sols sur la légalité d'un permis de construire délivré en application de ce plan?

Telle est la question posée par l'appel de la société Gepro à l'encontre du jugement du tribunal administra-

tif de Versailles annulant le permis de construire délivré à la société à Viry-Châtillon pour le motif que ce permis avait été accordé sur le fondement d'un plan d'occupation des sols partiellement annulé par le même tribunal.

Le moyen de l'appel est simple: l'annulation du plan d'occupation des sols —le jugement est devenu définitif— n'a pu avoir pour effet que de rendre applicable à nouveau le règlement national d'urbanisme. Le tribunal devait donc, avant d'annuler le permis de construire comme conséquence automatique de l'annulation du plan, *rechercher si le permis violait une quelconque disposition du règlement national d'urbanisme.*

Sur cette question, deux courants jurisprudentiels se distinguent nettement: on verra qu'ils sont largement conciliables.

1. Un premier ensemble d'arrêtés considère que l'annulation du plan entraîne automatiquement l'annulation du permis non définitif pris pour son application. Il y a erreur de droit à s'être fondé sur un règlement illégal (C.E. 5 janvier 1979, *Dames Robinet et Flandre*, Leb. tables, p. 928; C.E. 4 février 1981, *Perier* sur concl. Bruno Genevois; Administrer 1981, p. 30, note G. Liet-Veaux; C.E. 8 novembre 1985, *S.C.I. du Moulin*, Leb. tables, p. 814).

Il en va de même de permis de construire délivrés en application de plans d'urbanisme qui ont fait l'objet d'une *exception d'illégalité fondée* (C.E. 17 octobre 1980, *Laudrain*, Leb. p. 926; C.E. 9 janvier 1981, *Ministre de l'Environnement et du Cadre de vie c/ Comité pour l'environnement de Nancy*, Leb. tables, p. 981, D. 1982. J. 520, note F. Moderne; A.J.D.A. 1981, p. 377,

note R. Hostiou; C.E. 18 février 1981, *Commune de Chalons-sur-Marne*, Leb. tables, p. 979; C.E. Sect. 23 avril 1982, *Chantebout*, Leb. p. 158).

2. Un second groupe d'arrêtés, au contraire, ne se contente pas de constater que le permis a été pris sur une base illégale, mais examine sa légalité au regard du droit applicable *après* disparition du plan illégal (C.E. Ass. 15 février 1980, *Association pour la protection du vieux Pornichet*, Leb. p. 85; J.C.P. 1980. J. 19375, concl. Bruno Genevois; A.J.D.A. 1980, p. 291, chron. Robineau et Feffer; D. 1980. inf. rap., note F. Moderne; T.A. Nice 8 décembre 1981, *Collectif pour la sauvegarde des Monts niçois*, D. 1982. J. 520, note F. Moderne; C.E. 26 mars 1982, *S.C.I. Valsnow Bellegarde*, Leb. p. 139; C.E. 10 mai 1985, *Comité interprofessionnel du logement «Le Refuge»*, rep. n° 48491).

Il en va de même de permis de construire délivrés ou refusés en application de plans d'urbanisme qui, sur exception d'illégalité, sont déclarés non opposables au pétitionnaire (C.E. 7 juillet 1976, *Epx Arnaud*, Leb. tables, p. 1178; J.C.P. 1977. II. 18596, note G. Liet-Veaux).

Les deuxième et sixième sous-sections réunies ont estimé que votre Section devait redéfinir, à l'occasion de la présente affaire, les champs respectifs de l'annulation automatique du permis et du «sauvetage» du permis sur le fondement du droit antérieur remis en vigueur.

Pour tenter de tracer la limite entre ces deux réponses différentes à une même question, il convient de rappeler trois principes relatifs aux effets de l'annulation d'un règlement

par le juge de l'excès de pouvoir, avant d'en faire application au domaine de l'urbanisme puis à la requête de la société Grepo.

1. Si l'administration n'était pas tenue de prendre le règlement, l'annulation de celui-ci n'aura d'autre effet que de remettre en vigueur la réglementation antérieure (C.E. Ass. 13 juillet 1963, *Syndicat national des ingénieurs-conseils inspecteurs du contrôle de la prévention*, Leb. p. 429; C.E. Ass. 12 mai 1967, *Ministre des Armées c/ de Corbier*, Leb. p. 211), ou même, si cette réglementation n'existait pas, de rendre toute liberté aux particuliers. Il arrive ainsi souvent que l'effet de l'annulation soit le retour à la liberté et ce premier principe ne sera pas sans conséquence sur la solution que nous allons vous proposer.

2. Mais, en deuxième lieu, l'annulation a pour effet la mise à néant de l'acte administratif. Elle implique l'invalidité de l'acte à partir de sa naissance même, ce qui met nécessairement en cause les actes individuels d'application pris antérieurement. Comme l'écrivait le professeur Weil dans sa thèse sur *les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir* (1952, p. 185): «s'il y a un lien indubitable entre actes, c'est bien celui qui unit un texte réglementaire et les mesures individuelles prises pour l'appliquer». Par l'effet *erga omnes* de l'annulation, l'acte-conséquence disparaîtra avec l'acte initial.

Les exemples sont nombreux d'annulation d'actes individuels qui n'ont pour fondement *que* le règlement annulé, c'est-à-dire dont l'existence même est impossible sans le règlement. Outre le domaine de la fonction publique, terrain d'élection

de l'annulation de l'acte-conséquence (26 décembre 1925, *Rodière*, Leb. p. 1065; C.E. 21 novembre 1962, *Pelbois*, Leb. p. 624), l'on peut citer quatre domaines où les actes individuels sont annulés parce qu'ils n'existaient *que du fait* du règlement lui-même annulé:

— les actes opposant un refus ou imposant des obligations (C.E. Ass. 1er avril 1949, *Chaveneau*, Leb. p. 161, sur la suppression des services d'aumônerie dans les établissements publics d'enseignement; C.E. Sect. 13 décembre 1963, *Office national interprofessionnel des céréales*, Leb. p. 621; R.D.P. 1964, p. 1003, pour la fixation des possibilités mensuelles d'écrasement des moulins; C.E. 17 juin 1977, *Marlot*, Leb. tables, p. 699, pour un refus de prime à la construction fondé sur une circulaire annulée; C.E. 21 juin 1972, *Conseil des parents d'élèves*, Leb. p. 458, pour une décision instituant des droits de scolarité; et, très comparable, Cass. soc. 5 novembre 1969, Bull. cass. V, n° 579; Cass. soc. 6 mars 1975, Bull. cass. V, n° 131 pour des cotisations sociales qui ne peuvent plus être réclamées sur le fondement d'un règlement annulé ou même doivent être remboursées);

— les actes dérogeant à une législation ou réglementation générale (C.E. 10 février 1965, *Morati*, Leb. p. 91 pour la mise à disposition de fonctionnaires);

— les actes accordant des avantages particuliers (C.E. Ass. 13 mai 1949, *Bourgoin*, Leb. p. 214, pour la carte de combattant);

— enfin les actes de poursuite pour contravention à un règlement de police ultérieurement annulé: depuis sa décision du 25 mars 1882, *Darsy*, la Cour de cassation décide

que le particulier doit bénéficier dans ce cas de la relaxe et casse le jugement de condamnation pour défaut de base légale (Cass. 4 mars 1911, Bull. cass. n° 130; Cass. 29 décembre 1971, Bull. cass. n° 370; Cass. 4 décembre 1978, *Fauvel*, Bull. cass. n° 341).

Ainsi, l'on constate que le juge administratif comme le juge judiciaire ont le souci d'assurer l'autorité absolue de la chose jugée.

3. Mais, en même temps, vous avez toujours répugné à prononcer des annulations sans portée. Ce troisième principe se traduit doublement:

— D'abord par le souci de préserver l'indispensable stabilité des situations juridiques. Si des actes individuels ont été pris en application du règlement annulé, ils ne disparaissent pas automatiquement: il faut que l'annulation en ait été demandée dans le délai légal (C.E. 3 décembre 1954, *Caussidery*, Leb. p. 640, D. 1955, J. 204, note Weil; C.E. 1<sup>er</sup> avril 1960, *Queriaud*, Leb. p. 245).

— Ensuite par l'idée que l'irrégularité d'un règlement est sans influence sur la validité d'un acte individuel d'application lorsque celui-ci peut trouver son fondement dans un autre texte, qu'il s'agisse d'un autre règlement (C.E. 27 juin 1969, *Compagnie maritime des chargeurs réunis*, Leb. p. 344) ou de la loi elle-même (C.E. 19 mars 1948, *Dame de Saint-Trivier*, Leb. p. 140). Ainsi, en dehors des mesures de police générale (C.E. Ass. 24 juin 1960, *Frampar*, Leb. p. 412), vous pratiquez la *substitution de base légale* en maintenant la décision d'application attaquée mais sur un fondement juridique correct (pour une prescription municipale

de travaux en immeuble insalubre v. C.E. Sect. 21 février 1947, *Varlet*, Leb. p. 74).

Ces trois principes doivent trouver leur application en matière d'urbanisme.

1. En cette matière, il ne faut pas perdre de vue deux caractéristiques propres au droit de l'aménagement qui vont nous guider dans nos propositions:

— D'une part, ainsi que le rappelle l'article L. 112-1 du Code de l'Urbanisme après l'article 544 du Code civil, «le droit de construire est attaché à la propriété du sol. Il s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation des sols.» Vos formations administratives ont eu l'occasion de se référer à ce droit de construire initial, lors de l'examen des projets de ce qui allait devenir le plafond légal de densité (loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975) ou la règle dite de constructibilité limitée en l'absence de plan d'occupation des sols (nouvel art. L. 111-1-2 du Code de l'Urbanisme issu de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983).

— D'autre part, le règlement national d'urbanisme, pour l'essentiel issu du décret du 30 novembre 1961, conserve toute sa portée dans les communes non pourvues de plan d'occupation des sols. Plus même, la règle nationale n'a pas seulement une portée subsidiaire en l'absence de plan, certaines de ses dispositions restent applicables *même en présence* d'un plan d'occupation des sols et se cumulent avec les règles de celui-ci.

Dans ces conditions, que deviennent les décisions d'octroi ou de refus de permis de construire prises en application d'un document d'urbanisme ultérieurement annulé?

Laissant de côté les décisions *non contestées* dans les délais du recours contentieux lesquelles, conformément à la jurisprudence générale ci-dessus rappelée, sont définitives, nous pensons que, pour donner aux annulations contentieuses de documents d'urbanisme *toute* leur portée mais *rien que* leur portée, il faut traiter séparément trois situations:

— celle où le plan et le permis sont indissociables,

— celle où le permis est fondé sur une disposition que l'on retrouve à l'*identique* dans le plan annulé et dans le règlement qui revêt de ce fait,

— enfin les autres situations.

Les deux premières ne nous retiendront pas longtemps. La troisième est plus délicate.

2. La première est celle où le vice qui affecte le plan est *indissociable* du permis. Ici, la règle se confond avec son application. L'annulation de la première est aussi nécessairement celle de la seconde. C'est le domaine des découpages tortueux et des «zonages» *intuitu personae*. Lorsque vous sanctionnez le trait de l'urbaniste parce qu'il n'a fait que décalquer la limite d'une ou de quelques propriétés, vous devez sanctionner *en même temps* la décision d'octroi ou de refus de permis de construire sur cette propriété. A l'heure de la décentralisation, vous ne renoncerez pas à cette sanction quasi automatique, il en va de la protection des usagers. Cette première situation explique et justifie, pensons-nous, vos décisions précitées du 18 février 1981, *Commune de Châlons-sur-Marne*, et du 8 novembre 1985, *S.C.I. du Moulin*: dans les deux cas le plan d'occupation des sols critiqué n'avait eu d'autre objet

de favoriser un projet précis de construction. Il en irait de même si le plan n'avait tenté que de faire *obstacle* à une opération.

3. Dans la deuxième situation, le vice du plan est *dissociable* du permis mais vous retrouvez dans le règlement remis en vigueur une *disposition identique* ou quasi identique à celle du plan annulé qui fondait la décision attaquée. Vous pouvez alors opérer sans difficulté une substitution de base légale dès lors que le nouveau texte *n'exige pas* une appréciation *fondée sur des critères différents* de ceux retenus dans le plan annulé.

Pour un refus, cette deuxième situation est claire: lorsque le plan d'occupation des sols reprenait une disposition «permissive» du règlement national d'urbanisme et que le refus attaqué était fondé sur elle, la substitution de base légale est possible. C'était l'espèce *Epx Arnaud* de 1976, précitée, aux conclusions de Suzanne Grévisse à propos de l'article R. 111-21 qui sanctionne l'atteinte aux sites.

Pour un octroi de permis de construire, la substitution est plus délicate.

Elle est possible, c'est le cas de l'affaire d'Assemblée *Association pour la protection du vieux Pornichet*, lorsque le règlement remis en vigueur prévoit expressément l'opération autorisée par le permis critiqué. Ce sera la plupart du temps la solution lorsque l'annulation de l'acte d'approbation fait revivre un plan d'occupation des sols rendu public et légal. En effet, ce dernier est rarement très différent du plan approuvé. Le juge est alors en mesure de retenir que l'autorité administrative aurait pris la même décision si elle n'avait pas commis une erreur de texte.

Il n'en va pas de même si l'annulation du plan remet seulement en vigueur le règlement national d'urbanisme. La décision *accordant* le permis n'a pas à être motivée. Il est donc impossible d'être certain que l'administration aurait pris la même décision sur le seul fondement de tel ou tel article «permissif» du règlement national d'urbanisme.

4. Nous sommes alors dans la troisième situation où vous n'êtes *ni* tenus d'annuler le permis de construire pour indissociabilité avec le plan annulé *ni* en mesure de «sauver» le permis par substitution de base légale évidente.

Dans cette situation, intermédiaire entre les deux précédentes, il est permis d'hésiter. Comment donner une juste portée à l'annulation du plan d'occupation des sols?

Nous pensons que votre réponse peut être différente selon qu'il s'agit d'un refus ou d'un octroi de permis de construire. Depuis vos décisions, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne* (C.E. 29 mars 1968, Leb. p. 211) et *Les amis de l'île de Groix* (C.E. Sect. 31 décembre 1976, Leb. p. 585), vous avez une large pratique de ces distinctions entre décisions positives et négatives en matière de permis de construire.

Et, pour le cas particulier des conséquences de l'annulation d'un plan d'occupation des sols sur les décisions individuelles d'urbanisme, M. Genevois avait envisagé cette distinction dans ses conclusions sur l'arrêt du 4 février 1981, *Perier*.

S'il s'agit d'un refus, l'annulation du plan devrait entraîner *automatiquement* l'annulation de la décision négative. L'annulation d'un refus n'a aucune conséquence grave. Elle entraîne seulement, pour l'adminis-

tration, l'obligation d'effectuer une nouvelle instruction de la demande sur le fondement du règlement remis en vigueur (C.E. Sect. 7 décembre 1973, *Entreprise Fayolle*, Leb. p. 703; C.E. 26 juin 1985, *S.C.I. Les cabaniers de la Marronède*). Dans ce cas, l'annulation du plan produit son effet: le pétitionnaire comme l'administration réexaminent la demande initiale en fonction du seul règlement légal. Le juge a joué son rôle sans se substituer à l'administration.

S'il s'agit d'un permis accordé, convient-il de suivre la même voie de l'annulation automatique?

Nous ne le pensons pas. L'annulation d'un permis accordé a des conséquences beaucoup plus graves que celles de l'annulation d'un refus: chantier interrompu, incertitudes financières. La stabilité des situations juridiques est ébranlée.

Or, par hypothèse, nous nous trouvons dans la situation où le permis accordé est *dissociable* du plan annulé. Et le permis de construire n'est pas un de ces «actes-conséquence» qui ne trouvent leur fondement *que* dans le règlement annulé. Le droit de construire et, avec lui, le permis de construire qui en fixe les modalités existaient *avant* le plan d'occupation des sols et existeront *après*. La disparition du plan d'occupation des sols ne va pas interdire toute construction dans la commune. Il est parfaitement possible que le permis de construire trouve un fondement légal dans les 27 articles du règlement national d'urbanisme.

Cela d'autant plus que, conformément aux dispositions de l'article L. 142-3 du Code de l'Urbanisme, le permis ne sanctionne pas seulement les règles du plan d'occupation des

sols mais aussi toute une série de dispositions voisines comme les servitudes administratives ou les règlements sanitaires départementaux. Le permis de construire n'est pas pris «*en application*» de ce plan au sens où sont pris les actes l'application dont *l'existence même* est impossible sans le règlement: voir les arrêts précités *Chaveneau, Marlot* ou *Conseil des parents d'élèves*.

Pour ces raisons, il nous semble que, dans de nombreux cas, il n'y a aucune raison de faire supporter au bénéficiaire d'un permis de construire contesté dans les délais les effets automatiques de l'annulation du plan d'occupation des sols. Pourquoi annuler un permis parfaitement fondé au regard du règlement national d'urbanisme seulement parce qu'une enquête sur le plan a été omise ou parce qu'une personne non autorisée a participé aux travaux d'élaboration de ce plan? De même, lorsque vous annulez la *totalité* du plan d'occupation des sols parce qu'un terrain important et central a été classé de façon erronée (C.E. 13 février 1985, *Commune de Baillargues*, Leb. p. 43) l'on ne comprendrait pas l'annulation *automatique* d'un permis de construire délivré sur une autre parcelle, donc, le plus souvent, dissociable du vice qui entache le plan. Nous vous proposons de constater que le permis accordé possède une certaine *autonomie* par rapport au plan annulé, autonomie suffisante en tout cas pour que l'annulation du plan n'entraîne pas automatiquement l'annulation du permis de construire. Dès lors, vous pourrez tirer les conséquences d'une sorte de présomption de légalité du permis, si, du moins, aucune violation du règlement national n'apparaît.

Sur ce point, il faut préciser *qui* peut soulever, à l'encontre du permis, un moyen de violation du règlement national d'urbanisme remis en vigueur par l'annulation du plan d'occupation des sols. Nous ne pensons pas que vous puissiez soulever d'office un tel moyen.

— Si ce moyen *ne ressort pas du dossier*, il vous faudrait, pour le trouver, reprendre quasiment l'instruction de la demande de permis au regard du règlement national d'urbanisme, ce qui n'est certainement pas la tâche du juge.

— Si, au contraire, le moyen *ressort des pièces du dossier*, nous ne pensons pas non plus que vous êtes tenus de le soulever. Qu'il s'agisse de la violation d'une disposition *permissive* comme la prise en considération des avalanches (R. 115) ou d'une disposition *impérative* comme celle relative aux hauteurs et alignements (R. 111-18), la contestation pour violation du règlement national d'urbanisme ne peut venir que des parties. C'est à elles de tirer les conséquences de l'annulation du plan le débat contentieux à l'encontre du permis sur le bon terrain juridique.

Accepter d'aller vérifier vous-mêmes la conformité de la construction au règlement national d'urbanisme reviendrait d'ailleurs à l'annulation systématique. En effet, en milieu urbain notamment, bien peu de constructions satisferaient les conditions impératives du règlement national relatives à l'implantation et au volume des constructions (R. 111-16 à R. 111-19).

Enfin soulignons que l'attitude que nous vous proposons est bien celle que vous avez suivie dans deux précédents récents: *S.C.I. Valsnow* (C.E. 26 mars 1982) pour l'annulation du



permis de construire non pas du fait de l'annulation du plan d'occupation des sols mais de la non-conformité au plan d'urbanisme antérieur remis en vigueur et *Comité interprofessionnel le refuge* (10 mai 1985) pour la *confirmation*, malgré l'annulation du plan d'occupation des sols, d'un permis de construire dès lors qu'aucun moyen n'est fondé à son encontre sur la base du règlement national d'urbanisme. Dans les deux cas, vous n'avez examiné la conformité du permis attaqué au regard du règlement remis en vigueur *que dans les limites des moyennes* discutés devant le juge.

Lorsque vous êtes saisis d'un de ces moyens, vous exercez votre contrôle dans les conditions habituelles sur une décision d'octroi: contrôle restreint en présence de dispositions permissives, contrôle entier en présence de règles impératives.

A l'encontre de notre proposition favorable à la stabilité des situations juridiques, plusieurs objections peuvent être opposées. Elles ne nous paraissent pas décisives.

1. En premier lieu, le caractère «permissif» du règlement national d'urbanisme pourrait vous conduire à refuser de «valider un permis de construire instruit conformément aux règles plutôt «impératives» d'un plan d'occupation des sols». Mais, nous l'avons vu, il ne s'agit pas pour vous de substituer votre appréciation à celle de l'administration par une opération à la limite de la substitution de motifs. Il s'agit seulement de reconnaître que, en l'absence d'interdiction particulière, le principe est le droit à construire.

2. En deuxième lieu, la limitation de la constructibilité «en dehors des parties actuellement urbanisées de la commune» dépourvue de plan d'oc-

cupation des sols (nouvel art. L. 111-1-2 issu de la loi du 7 janvier 1983 sur la répartition des compétences) contredit-elle notre proposition visant à maintenir les permis accordés sur la base d'un plan illégal? Cette nouvelle règle, pour autant qu'elle trouve application après les modifications qu'elle a subies dans les lois des 17 juillet et 19 août 1986, se borne à compléter le règlement national d'urbanisme en renforçant ce qu'il est convenu d'appeler la lutte «antimitage». Il revient au requérant hostile au permis de faire valoir éventuellement un moyen tiré de la violation de ce nouvel article L. 111-1-2.

3. En troisième lieu, la validation du permis accordé se heurterait au nouveau partage des compétences issu de la décentralisation: le permis de construire est délivré par le maire au *nom* de la commune lorsqu'il y a un plan d'occupation des sols approuvé, au nom de l'Etat dans les autres cas. Lorsque le plan d'occupation des sols disparaît, il pourrait paraître doublement audacieux de chercher à confirmer la validité du permis délivré au nom de la commune par un raisonnement qui plus qu'à une substitution de base légale conduirait à une substitution d'autorité compétente.

Cette objection tombe puisque l'article L. 421-2-1 du Code de l'Urbanisme a prévu expressément que «le transfert de compétence au maire agissant au nom de la commune [était] définitif». L'annulation d'un plan d'occupation des sols ne «restitue» donc pas la compétence de la délivrance des permis de construire à l'Etat et notre proposition reste sans incidence sur le partage des responsabilités institutionnelles.

4. En quatrième lieu, le maintien de la validité d'un permis délivré conformément aux dispositions d'un plan illégal ne peut-il entraîner des divergences avec les juridictions judiciaires, et spécialement pénales, pour la poursuite des infractions à la législation sur le permis de construire?

Cette crainte est vaine. La Cour de cassation n'ira pas condamner pour défaut de permis un constructeur dont le permis avait été délivré conformément aux dispositions d'un plan d'occupation des sols annulé. En effet, depuis la loi du 31 décembre 1976, l'article R. 480-13 du Code de l'Urbanisme dispose que «lorsqu'une construction a été édifée conformément à un permis de construire, le propriétaire ne peut être condamné par un tribunal de l'ordre judiciaire du fait de la méconnaissance des règles d'urbanisme [...] que si, *préalablement*, le permis a été annulé pour excès de pouvoir ou son illégalité a été constatée par la juridiction administrative.» La Cour de cassation applique cette disposition (Cass. crim. 30 juin 1981, J.C.P. 1981, p. 338). Si vous reteniez, contrairement à ce que nous vous proposons, l'annulation automatique des permis accordés, vous exposeriez les bénéficiaires de bonne foi de permis de construire délivrés conformément au plan annulé à des poursuites pénales. La «barrière» de l'article L. 480-13 tomberait.

Avant de faire application du raisonnement ci-dessus décrit à la requête de la société Gepro, nous ne croyons pas inutile de vérifier si nos propositions valent encore dans le cas, non plus comme en l'espèce de l'annulation du plan, mais de la constatation de son illégalité par

voie d'*exception*. La question n'a pas été tranchée dans votre décision *Colomber* (C.E. Sect. 7 février 1986) puisque l'exception d'illégalité était recevable mais non fondée.

Il faut reconnaître que votre jurisprudence, dans ce cas, retient très majoritairement l'annulation automatique du refus (*Laudrain*, préc.) ou de l'octroi d'un permis de construire (*Commune de Chalons-sur-Marne*, préc.) si l'illégalité des dispositions du plan d'occupation des sols intéressant la zone du permis est constatée.

Mais trois raisons nous amèneraient à vous proposer d'étendre à l'exception d'illégalité le raisonnement que nous venons d'exposer à propos de l'annulation:

— D'abord, il y aurait quelque paradoxe à annuler plus systématiquement les permis de construire conformes à un plan illégal lorsque cette illégalité a été constatée par la voie de l'exception que lorsqu'elle a entraîné l'annulation du plan par la voie du recours direct.

— Ensuite, votre décision d'Assemblée du 29 avril 1981, *Ordre des architectes* (Leb. p. 198; A.J.D.A. 1981, p. 429, note B. Genevois), a rapproché utilement les effets respectifs de l'annulation pour excès de pouvoir et de la constatation de l'illégalité sans pour autant renoncer au principe selon lequel l'annulation produit effet *erga omnes* alors que la décision constatant l'illégalité n'a que l'autorité de la chose jugée.

— Enfin, contrairement aux précédents *Ordre des architectes* et *Bargain* (C.E. Ass. 18 janvier 1980, Leb. p. 29, concl. A. Bacquet; Rev. adm. 1980, p. 151; A.J.D.A. 1980, p. 91, chron. Y. Robineau et M.-A. Feffer),

en l'espèce, l'ancien règlement qui revit n'avait pas été abrogé, au moins quand il s'agit du règlement national d'urbanisme, règle *subsidiare* susceptible à tout moment de se substituer au plan d'occupation des sols illégal.

Dans ces conditions, les trois solutions envisagées plus haut peuvent être appliquées lorsque le plan d'occupation des sols est contesté par la voie de l'exception d'illégalité:

1. Dans la première situation, l'annulation de la décision relative au permis de construire s'impose, l'exception d'illégalité est même la voie privilégiée pour faire constater le lien *indissociable* entre un plan et les décisions prises conformément à ses dispositions.

2. Dans la deuxième situation, vous pourrez opérer la substitution de base légale dans les strictes limites indiquées ci-dessus. En écartant l'application du règlement illégal, le juge ne peut ignorer qu'il se retrouve face à un texte légal, en l'occurrence le règlement national subsidiaire ou, plus rarement, le plan publié.

3. Dans la troisième situation, vous pourrez là encore annuler automatiquement le refus et, pour l'octroi du permis, considérer qu'en l'absence de lien indissociable avec le plan illégal le permis peut, jusqu'à preuve du contraire par le requérant, conserver sa validité (en ce sens Fernand Bouyssou, *Droit et ville* 1981, p. 151, les effets de l'exception d'illégalité d'un plan d'occupation des sols).

Le retour à Viry-Chatillon vous retiendra moins longtemps que les développements précédents.

Le permis litigieux a été accordé à la société Gepro pour un programme d'une centaine de logements sur plus

de 6 hectares, dans un des espaces encore boisés de Viry-Chatillon, site inscrit depuis 1972. Le projet de plan d'occupation des sols qui classait ce domaine du Saut-Catet en zone NDe «protection des sites» a été modifié quelques mois avant d'être rendu public pour que le domaine en question —*et lui seul*— puisse recevoir des bâtiments de quatre niveaux grâce à un classement en NA Ue. Le tribunal a sanctionné ce classement à la parcelle pour erreur manifeste. Depuis, ce plan d'occupation des sols a connu une autre annulation pour détournement de pouvoir dans un autre secteur de la commune (T.A. Versailles 13 juillet 1984, Leb. p. 461).

Dans le présent litige où le plan annulé masquait à peine une «faveur» à un seul propriétaire, l'annulation du plan dans la zone litigieuse entraîne automatiquement l'annulation du permis irrémédiablement «contaminé» par l'illégalité (C.E. 18 février 1981, *Commune de Chalons-sur-Marne*, Leb. tables, p. 979). L'affaire relève donc nettement de la première situation, celle où le lien entre le vice du plan d'occupation des sols est *indissociable* du permis de construire.

Le tribunal de Versailles a eu raison d'annuler le permis accordé à la société requérante.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

#### Arrêt

Vu la requête enregistrée le 17 octobre 1983 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la société Gepro, dont le siège est 29, rue du Pont à Neuilly-sur-

Seine, et tendant à ce que le Conseil d'Etat:

1. Annule le jugement du 21 juillet 1983 en tant que par ce jugement le tribunal administratif de Versailles a annulé les arrêtés du préfet de l'Essonne des 26 septembre 1980 et 16 octobre 1981 accordant un permis de construire à la société Gepro;

2. Rejette les demandes présentées par l'association S.O.S. Viry-Chatillon et autres devant le tribunal administratif de Versailles;

.....

Considérant que, par jugement en date du 14 avril 1983, le tribunal administratif de Versailles a prononcé l'annulation de l'arrêté du préfet de l'Essonne du 10 août 1979 rendant public le plan d'occupation des sols de la commune de Viry-Chatillon en tant qu'il concernait notamment le domaine du Saut-Catet, au motif que l'inclusion de ce domaine, inscrit à l'inventaire des sites pittoresques, dans un secteur

où peuvent être admises des constructions comportant quatre niveaux, était entachée d'erreur manifeste d'appréciation; que ce jugement est devenu définitif; qu'il suit de là que le permis de construire accordé à la société Gepro en application de ces dispositions illégales, spécialement édictées pour rendre possible l'opération litigieuse, doit être annulé par voie de conséquence, compte tenu de ce lien; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que les dispositions des articles R. 111-2 et suivans du Code de l'Urbanisme, restées applicables au terrain concerné, auraient pu servir de base légale au permis en cause est inopérant; qu'il suit de là que la société Gepro n'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a prononcé l'annulation des arrêtés préfectoraux du 26 septembre 1980 et du 16 octobre 1981 accordant, puis modifiant ledit permis;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: La requête de la société Gepro est rejetée.

**C.E. (8 juin 1990—Section. —93.191-93.193— Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais.** (MM. J. Durand, rapp.; Toutée, c. du g.; SCP Lyon-Caen, Fabiani, Liard, av.).

I. Requête n° 93.191 de l'Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais, qui demande que le Conseil d'Etat:

1° annule le jugement du 24 novembre 1987 en tant que par ce jugement, le tribunal administratif de Fort-de-France a rejeté sa demande de sursis à l'exécution de l'arrêté du 18 septembre 1986 du maire de la commune de Ducos autorisant la société «Petite Cocotte» à lotir un

terrain situé au lieu-dit «Morne Pavillon» sur le territoire de la commune;

2° ordonne le sursis à l'exécution de cette décision;

II. Requête n° 93.193 de la même association qui demande que le Conseil 27.261 d'Etat:

1° annule le jugement du 24 novembre 1987, en tant que par ce jugement, le tribunal administratif de Fort-de-France a rejeté sa deman-

de tendant à l'annulation de l'arrêté du 18 septembre 1986 du maire de Ducos autorisant la société «Petite Cocotte» à lotir un terrain situé au lieu-dit «Morne Pavillon» sur le territoire de la commune;

2° annule ladite décision;

Vu le code de l'urbanisme; le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987;

CONSIDÉRANT... (jonction);.....

*En ce qui concerne la légalité de l'autorisation de lotir délivrée par l'arrêté du 18 septembre 1986:*

*Sur le moyen tiré de l'illégalité du plan d'occupation des sols révisé approuvé par la délibération du 11 octobre 1984 du conseil municipal de Ducos: —* Cons. que l'article R. 123-16 du code de l'urbanisme dispose que: «le plan d'occupation» des «sols comprend: 1° un ou plusieurs documents graphiques. 2° un règlement. Il est «accompagné d'un rapport de présentation...» et qu'aux termes de l'article R. 123-17, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'approbation du plan d'occupation des sols révisé de la commune de Ducos par la délibération du 11 octobre 1984: «Le «rapport de présentation... 2. Analyse, en fonction de la sensibilité du milieu, l'état «initial du site et de l'environnement, et les incidences de la mise en oeuvre du plan «d'occupation des sols sur leur évolution, ainsi que les mesures prises pour leur «présentation et leur mise en valeur...»; qu'il ressort des pièces du dossier que ni le rapport de présentation du plan d'occupation des sols de

Ducos, ni aucun autre document relatif à ce plan, ne comportent d'analyse de l'état initial du site et de l'environnement dans cette commune et de la façon dont les auteurs du plan entendaient en assurer la préservation et la mise en valeur; qu'ainsi ce rapport de présentation ne satisfaisait pas aux prescriptions ci-dessus rappelées de l'article R. 123-17 du code de l'urbanisme; que, de ce fait, le plan d'occupation des sols approuvé le 11 octobre 1984 est dans son ensemble entaché d'illégalité;

Cons. que si l'autorisation de créer un lotissement ne peut, en vertu, de l'article R. 315-28 du code de l'urbanisme être délivrée que pour un projet qui respecte la réglementation d'urbanisme en vigueur, elle ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation; qu'il suit de là que la constatation par le juge de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols n'entraîne pas de plein droit celle d'une autorisation de lotir qui a été délivrée sous l'empire de ce plan à l'exception du cas où cette illégalité affecte une disposition ayant pour objet de rendre possible l'octroi de l'autorisation; que, tel n'étant pas le cas en l'espèce, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que l'illégalité du plan d'occupation des sols révisé de Ducos approuvé le 11 octobre 1984 entacherait d'excès de pouvoir l'autorisation de lotir délivrée le 18 septembre 1986; que le moyen doit donc être écarté;

*Sur les autres moyens de la requête: —* Cons. que, lorsque l'illégalité d'un plan d'occupation des sols n'entraîne pas par elle-même l'annulation de l'autorisation de lotir, il

appartient au juge, s'il est saisi de moyens en ce sens par la partie qui critique l'autorisation, de rechercher si le projet de lotissement autorisé est ou non compatible avec les dispositions d'urbanisme applicables et notamment celles qui sont redevenues applicables à la suite de la déclaration d'illégalité du plan; que la constatation de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols a pour effet de rendre à nouveau applicables sur le territoire en cause les dispositions du code de l'urbanisme dont l'application y était exclue, en vertu dudit code, par l'existence de'un plan d'occupation des sols opposable aux tiers, mais non de remettre en vigueur le plan d'occupation des sols auquel le plan illégal s'était substitué;

Cons., en premier lieu, que, la déclaration de l'illégalité du plan révisé approuvé le 11 octobre 1984 n'ayant, ainsi qu'il vient d'être dit, pas pour effet de rendre à nouveau applicable le plan d'occupation des sols approuvé par arrêté préfectoral du 5 février 1980, l'association requérante ne peut, en tout état de cause, se prévaloir utilement de l'illégalité de ce plan;

Cons., en second lieu, qu'il n'est pas établi par les pièces du dossier que le maire ait commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'usage qu'il a fait des pouvoirs que lui donnent les dispositions de l'article R. 315-29 du code de l'urbanisme qui prévoient que l'autorisation de lotir «impose en tant que de besoin... l'exécution «par le lotisseur... de tous travaux nécessaires à la viabilité et à l'équipement du «lotissement...»;

Cons., en troisième lieu, que la circonstance que l'arrêté contesté ne

rappelle pas l'obligation qui est faite au lotisseur par l'article R. 315-6 du code de l'urbanisme, de constituer une association syndicale des acquéreurs de lots à laquelle seront dévolus la propriété, la gestion et l'entretien des terrains et équipements communs jusqu'à leur transfert éventuel dans le domaine d'une personne morale de droit public, est sans influence sur la légalité dudit arrêté;

Cons., enfin, que si l'association requérante soutient que l'autorisation de lotir attaquée méconnaîtrait les dispositions des articles L. 123-3, L. 123-7-1, L. 124-4 du code de l'urbanisme ainsi que l'article R. 111-27, elle se borne sur ce point à des affirmations qui ne sont étayées d'aucune précision permettant d'en apprécier la portée et la mérite;

Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède que l'association requérante n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a rejeté sa demande tendant à l'annulation de l'autorisation de lotir du 18 septembre 1986; que la requête n° 93.193 doit être rejetée;

*En ce qui concerne les conclusions à fin de sursis à exécution.*—Cons. que la présente décision, qui statue sur les conclusions à fin d'annulation de l'autorisation de lotir du 18 septembre 1986, rend sans objet la requête n° 93.191, dirigée contre le jugement attaqué en tant qu'il refuse d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de cette autorisation jusqu'à l'intervention de la décision par laquelle il serait statué sur les conclusions tendant à son annulation; ... (rejet de la requête n° 93.193; nonlieu sur la requête n° 93.191).

C.E. , 9 avril 1993.— Assemblée.— 69336— *Bianchi*.— (MM. Damien, rapp. Daël, c. du g.; SCP Waquet, Farge, Hazan, Me Le Prado, av.)

Vu la décision du 23 septembre 1988 par laquelle le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, avant de statuer sur la requête de M. Bianchi, ordonné une expertise à l'effet de déterminer les conditions dans lesquelles a été injecté le 3 octobre 1978, un produit de contraste au patient, préalablement à l'artériographie;

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987;

*Sur la responsabilité:* —CONSIDÉRANT que, par décision du 23 septembre 1988, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a rejeté les moyens tirés par M. Bianchi de ce que l'artériographie vertébrale qu'il a subie le 3 octobre 1978 à l'hôpital de la Timone à Marseille n'avait pas été pratiquée par une équipe médicale qualifiée, de ce que le consentement du patient n'avait pas été recueilli et de ce que les soins post-opératoires qu'il a reçus étaient insuffisants; que ces points ont été définitivement jugés et ne peuvent être remis en cause;

Cons. qu'il ressort du rapport établi à la suite de la nouvelle expertise ordonnée par la décision précitée du Conseil d'Etat sur les conditions dans lesquelles le produit de contraste nécessaire à l'artériographie a été injecté à M. Bianchi, que ce produit n'a joué aucun rôle dans la survenance des troubles apparus après l'examen, qu'il n'existait aucun indice susceptible de faire soupçonner un

risque de réaction ou d'hypersensibilité à l'iode et que, si le compte rendu de l'artériographie n'a pu être retrouvé, les constatations faites aussitôt après l'examen permettent de conclure que la dose totale d'iode injectée n'a pas été excessive par rapport aux normes couramment admises à l'époque; que l'expert retient comme cause vraisemblable de l'accident une occlusion secondaire à l'artériographie, au niveau de l'artère vascularisant la moelle cervicale, provoquée par une petite bulle ou un petit caillot libérés au cours de l'exploration ou de l'évacuation du produit de contraste, constituant un risque inhérent à ce genre d'examen; qu'il résulte de ces constatations et appréciation de l'expert, qui ne sont pas démenties par les autres pièces du dossier, qu'aucune faute ne peut être relevée dans l'exécution de l'artériographie subie par M. Bianchi;

Cons., toutefois, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité;

Cons. que le risque inhérent aux artériographies vertébrales et les conséquences de cet acte pratiqué

sur M. Bianchi répondent à ces conditions; que, dès lors, M. Bianchi est fondé à demander l'annulation du jugement attaqué, par lequel le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande tendant à la condamnation de l'Assistance publique à Marseille;

*Sur le préjudice:*— Cons. qu'il résulte de l'instruction et notamment des rapports d'expertise de première instance, qu'à la suite de l'artériographie qu'il a subie le 3 octobre 1978, M. Bianchi, né le 22 juin 1936, est atteint d'une tétraplégie prédominante aux membres inférieurs, avec syndrome pyramidal et troubles sensitifs, se traduisant par une impotence motrice tant dans la marche qu'au niveau des membres supérieurs, avec accentuation des réflexes ostéo-tendineux; qu'il souffre de douleurs importantes et résistant à la thérapeutique et de troubles sphinctériens; qu'il a besoin de l'aide constante d'une tierce personne; que, toutefois, dans l'évaluation du préjudice indemnisable, il convient de tenir compte de l'état du patient antérieurement à son hospitalisation; que M. Bianchi présentait, lors de son admission à l'hôpital, des vertiges avec nausées et douleurs cervico-occipitales, une paralysie faciale dont il conserve des séquelles; que son état de santé l'avait obligé à cesser son travail depuis le début de l'année 1977; qu'il sera fait une juste appréciation du préjudice résultant de l'artériogra-

phie, en fixant l'indemnité du à M. Bianchi à la somme de 1.500.000 F;

*Sur les intérêts:*— Cons. que M. Bianchi a droit aux intérêts de cette somme à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1982, date de présentation de sa demande;

Cons. que la capitalisation des intérêts a été demandée les 7 juin 1985, 11 septembre 1987, 22 novembre 1991 et 23 novembre 1992; qu'à chacune de ces dates, il était dû au moins une année d'intérêts; que, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil, il y a lieu de faire droit à ces demandes;

*Sur les frais d'expertise:*— Cons. qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre les frais d'expertise de première instance et d'appel à la charge de l'Assistance publique à Marseille; ... (annulation du jugement du tribunal administratif de Marseille du 8 novembre 1984; condamnation de l'Assistance publique à Marseille à verser à M. Bianchi la somme de 1.500.000 F, cette somme portant intérêts au taux légal à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1982, les intérêts échus les 7 juin 1985, 11 septembre 1987, 22 novembre 1991 et 23 novembre 1992 étant capitalisés à ces dates pour produire eux-mêmes intérêts; frais d'expertise exposés en première instance et en appel mis à la charge de l'Assistance publique à Marseille; rejet du surplus des conclusions de la requête).

### Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 26 mai 1995 (3 espèces) 1) Consorts N'Guyen, 2) M. Jouan, 3) Consorts Pavan

Les affaires que vous allez devoir juger aujourd'hui ont un point commun: elles posent la question de la responsabilité des hôpitaux en cas

de contamination par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) à la suite d'une transfusion sanguine. Sous cette apparente unité, elles



présentent des différences dont il conviendra d'apprécier les conséquences et qui sont relatives à l'origine du sang transfusé et à la date de la transfusion.

Atteint d'un spondylolisthésis de L 5, M. Stefano Pavan a été hospitalisé dans le service de chirurgie générale et traumatologique de l'hôpital de l'Hôtel Dieu de l'Assistance publique à Marseille pour y subir une opération de réduction-fusion en deux interventions successives les 4 et 10 janvier 1984. Au cours de la première intervention, il a reçu une transfusion de deux concentrés globulaires de 300 cc prescrits par l'anesthésiste. Six semaines après le geste opératoire, il a développé les symptômes d'une hépatite C. Six mois plus tard, sont apparues des adénopathies latérocervicales. En avril 1985, une biopsie des ganglions avec recherche d'anticorps a révélé une infection par le virus de l'immunodéficience humaine, diagnostique confirmé en septembre 1985. Le sang transfusé provenait du Centre régional de transfusion sanguine (CRTS) de Marseille, qui est une association. Le malade est décédé le 28 avril 1992.

Avant son décès, M. Pavan a demandé au tribunal administratif de Marseille de condamner l'Assistance publique à Marseille à lui verser 2.500.000 F en réparation de son préjudice, puis il a demandé la condamnation solidaire de l'Assistance publique et du centre régional de transfusion sanguine. Par un jugement du 18 novembre 1991, le tribunal a :

— d'une part, rejeté les conclusions de M. Pavan dirigées contre le centre régional de transfusion sanguine, ainsi que l'appel en garantie

dirigé par l'Assistance publique à Marseille contre ce centre, comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître;

— d'autre part, prescrit une expertise.

Après le décès du malade, ses héritiers ont repris l'instance en ne concluant plus, compte tenu du premier jugement, qu'à la condamnation de l'Assistance publique.

Par un jugement du 3 juillet 1992, le tribunal a condamné l'Assistance publique à Marseille à verser aux ayants droit de M. Pavan la somme de 1.500.000 F et a mis à sa charge les frais de l'expertise. Le tribunal a admis le lien de causalité entre la transfusion et la contamination par le virus du Sida et, en l'absence de faute, une responsabilité pour risque excédant très largement les limites des conséquences résultant habituellement de l'activité hospitalière.

Sur appel de l'administration de l'Assistance publique à Marseille, la cour administrative d'appel de Lyon a annulé l'article 1<sup>er</sup> du jugement (laissant ainsi subsister l'article relatif à la charge des frais d'expertise et le rejet du surplus des conclusions de la demande). Combinant la motivation de son arrêt *Gomez*, du 21 décembre 1990 (*Rec. CE*, p. 498), et la motivation de votre décision d'Assemblée du 9 avril 1993, *Bianchi* (*Rec. CE*, p. 127), la cour a estimé que les conditions de la responsabilité sans faute n'étaient pas remplies, avant d'écarter toute faute tirée de l'inutilité de la transfusion ou du défaut de recours par l'hôpital à un test de dépistage du virus de l'immunodéficience humaine ou de l'hépatite C sur les lots utilisés.

Vous êtes saisis sous le n° 151798 d'un recours en cassation des con-

sorts Pavan contre cet arrêt relatif à une contamination imputée à une transfusion effectuée avant l'agrément des tests de dépistage avec des lots de sang fournis par un organisme juridiquement distinct de l'Assistance publique à Marseille dont relève l'hôpital.

M. N'Guyen Quang, quant à lui, a été opéré le 24 janvier 1985 d'une valvulopathie au groupe hospitalier Pitié-Salpêtrière, qui dépend de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris et qui comporte un centre de transfusion sanguine relevant de l'Assistance publique, dont il constitue un établissement de service général non personnalisé.

Il présentait un rétrécissement aortique calcifié extrêmement serré, comportant risque de mort subite à tout moment. L'opération à cœur ouvert en vue de la pose d'une valve artificielle, très hémorragique, a nécessité pendant toute sa durée la transfusion de produits sanguins. Ultérieurement, M. N'Guyen Quang a présenté une hépatite puis une sérologie virus de l'immunodéficience humaine positive. Le centre de transfusion de l'hôpital, fournisseur du sang, a procédé à des recherches sur les donneurs dont le sang avait été utilisé. L'un d'entre eux, qui au cours de l'interrogatoire préalable au don, n'avait pas indiqué sa toxicomanie et donc son appartenance à un groupe à risques, s'est révélé être devenu séropositif.

M. N'Guyen Quang a saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours indemnitaire. Il est décédé le 8 février 1989 et ses héritiers ont repris l'instance. La caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne a été mise en cause. Par un jugement du 6 novembre 1991, le

tribunal a condamné l'Assistance publique-hôpitaux de Paris à verser aux consorts N'Guyen Quang les 500.000 F qu'ils avaient demandés, outre 5.000 F au titre de l'article R. 222 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la caisse primaire d'assurance maladie 12.090,93 F. Le tribunal a estimé que l'introduction accidentelle du virus révélait une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier auquel il incombe de fournir au personnel médical des produits non contaminés.

L'Assistance publique a fait appel. Par un arrêt du 20 octobre 1992, la cour administrative d'appel de Paris a annulé le jugement et rejeté la demande des consorts N'Guyen Quang, ainsi que leurs conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 8-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et les conclusions de la caisse primaire d'assurance maladie.

La cour a censuré le motif du tribunal en estimant que le dommage ne révèle la faute que lorsqu'il a été nécessairement provoqué par une mauvaise organisation ou un fonctionnement défectueux du service, ce qui n'était pas le cas dès lors que les services hospitaliers ne disposaient pas à la date de la transfusion des moyens leur permettant de vérifier de manière certaine la non-contamination des produits sanguins transfusés.

Examinant ensuite les autres moyens, la cour a écarté les fautes alléguées en relevant que le donneur avait été soumis à un interrogatoire, que les produits labiles ne relèvent pas de la technique du chauffage et

que les requérants n'apportaient pas de précisions suffisantes pour justifier leur affirmation selon laquelle il aurait fallu recourir à la technique de l'autotransfusion.

Vous êtes saisis sous le n° 143238 par les consorts N'Guyen Quang d'un recours en cassation contre cet arrêt relatif à une contamination imputée à une transfusion effectuée quelques mois avant l'agrément des tests et l'intervention de l'arrêté rendant obligatoire leur usage par les centres de transfusion sanguine, avec des lots de sang fournis par le centre de transfusion de l'hôpital, qui relève de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris.

Enfin, M. Jouan, atteint de coxarthrose bilatérale, a dû subir deux interventions chirurgicales —des arthroplasties— à l'hôpital Cochin, qui dépend de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris, et comprend un poste de transfusion sanguine relevant du secteur d'hémobiologie —transfusion de Paris— Sud 1 de l'Assistance publique, qui comporte lui-même un centre de transfusion à l'hôpital Broussais. La première arthroplastie, pratiquée le 7 septembre 1987 a été très hémorragique: les pertes de sang ont atteint 2.280 g et ont été compensées par une transfusion en urgence de 9 culots globulaires et de 4 plasmas frais congelés provenant de l'établissement de transfusion de l'hôpital. L'un des culots globulaires, provenant d'un donneur régulier de l'hôpital Cochin, qui avait dissimulé son appartenance à un groupe à risques et avait fait l'objet d'un test négatif le 11 août 1987, soit trois semaines avant la transfusion, était en fait contaminé par le virus de l'immunodéficience humaine: en période de latence lors du don, il a

été identifié comme séropositif le 6 octobre 1987. Il existe en effet entre la contamination et la réponse immunitaire une période de séroconversion. M. Jouan a donc été contaminé. Il a demandé au tribunal administratif de Paris de condamner l'Assistance publique-hôpitaux de Paris à l'indemniser de son préjudice.

Par un premier jugement du 11 janvier 1991, le tribunal a admis la responsabilité de l'Assistance publique et prescrit une expertise sur l'étendue du préjudice. Le tribunal a écarté la faute lourde médicale dès lors que le sang transfusé avait fait l'objet du test réglementaire, mais a admis que l'introduction dans l'organisme du patient d'un sang gravement contaminé révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier. Ultérieurement, le tribunal, par jugement du 29 novembre 1991, a condamné l'Assistance publique à verser 450.000 F avec intérêts et capitalisation à M. Jouan, 7.000 F au titre de l'article R. 222 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, mis à sa charge les frais d'expertise, et rejeté les conclusions de la caisse primaire d'assurance maladie faute de justifications suffisantes.

L'Assistance publique-hôpitaux de Paris a fait appel de ces deux jugements, M. Jouan du second.

Par un arrêt du 20 octobre 1992, la cour administrative d'appel de Paris, qui a joint ces appels, a annulé ces jugements et rejeté toutes les conclusions des demandeurs mais laissé les frais d'expertise à la charge de l'Assistance publique.

La cour a d'abord écarté l'application de ce qu'on appelle parfois la présomption par le motif que la con-

tamination ne résultait pas nécessairement d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier.

Puis, examinant les autres moyens, elle a écarté toute faute dès lors que:

— le donneur avait été interrogé préalablement au don;

— le sang donné avait été testé par une méthode dont les limites laissent subsister un risque de contamination de l'ordre de 0,003% (c'est-à-dire 3 cas pour 100.000) correspondant au temps de séroconversion;

— l'inactivation par chauffage n'est pas réalisable s'agissant de produits labiles;

— le non-recours à l'autotransfusion, à le supposer possible, n'était pas fautif, non plus que le fait de n'avoir pas informé l'intéressé du risque encouru.

Elle a enfin affirmé que la responsabilité des établissements hospitaliers ne peut être retenue qu'en cas de faute, ce qui excluait l'engagement de cette responsabilité sur le fondement du danger que les établissements font courir aux patients du fait des transfusions sanguines.

Vous êtes saisis sous le n° 143673 par M. Jouan d'un recours en cassation contre cet arrêt relatif à une contamination imputée à une transfusion postérieure à l'agrément des tests de dépistage et à l'arrêté rendant leur usage obligatoire par les centres de transfusion sanguine avec des lots de sang fournis par l'établissement de transfusion de l'hôpital.

C'est à dessein qu'après avoir regroupé l'examen de ces trois recours dont la comparaison est instructive, nous sommes entrés dans le détail des motivations. La variété de

celles-ci, révélatrice des hésitations de la jurisprudence, impose immédiatement la nature des questions renvoyées à votre Assemblée et que nous examinerons préalablement à l'examen classique des moyens de cassation.

Ces questions se résument au problème de savoir quels sont les niveaux de responsabilité et quels sont les fondements juridiques à chacun de ces niveaux. Ce qui frappe en effet à l'examen des décisions rendues tant en premier ressort qu'en appel c'est un raisonnement du juge sur le terrain exclusif de la responsabilité médicale. Or, bien que s'agissant de conclusions dirigées contre des hôpitaux on peut douter que ce cadre soit suffisant dès lors qu'est en cause dans deux affaires l'activité de collecte, de préparation et de distribution du sang par l'hôpital lui-même et que se pose dans la troisième, où le sang a été fourni par un organisme distinct de l'hôpital, la question des responsabilités respectives.

Mais avant d'aborder cette question il est nécessaire de l'éclairer par son contexte, pour partie différent de celui qui caractérisait la responsabilité de l'Etat au titre de son rôle dans l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, du contrôle des établissements de transfusion sanguine et de l'édition des règles propres à assurer la qualité du sang, du plasma et de ses dérivés (v. CE, Ass., 9 avr. 1993, *M. D.*, *Rec.* p. 110). Ce sont en effet présentement des produits labiles qui sont en cause, insusceptibles de bénéficier de la technique du chauffage contrairement aux produits prescrits aux hémophiles, dont les techniques d'élaboration impliquaient en outre une

multiplication considérable des risques. Cette distinction est si importante qu'actuellement les produits labiles relèvent de l'Agence française du sang et les produits stables de l'Agence du médicament, et que les procédures de contrôle sont distinctes (hémovigilance pour les premiers, pharmacovigilance et autorisation de mise sur le marché pour les seconds).

Cette différence n'empêche évidemment pas l'existence de points communs.

Sur le plan médical, la maladie a été identifiée en 1981 et la transmission par voie sanguine suspectée en 1982. Le virus a été découvert en février 1983 et vous avez déjà admis que le risque de sa transmission par transfusion sanguine était admis dès novembre 1983. L'élément important permettant de progresser dans le diagnostic des contaminations est alors constitué par la mise au point de tests de dépistage. Le premier réactif aurait été découvert en août 1983. S'ouvre alors une période pendant laquelle sont déposées des demandes de brevet tant en France qu'aux Etats-Unis pour les tests Elisa (procédé français) et Abbot (procédé américain) étant entendu qu'au départ ces tests n'étaient pas fiables et indiquaient des faux séropositifs et des faux séronégatifs. La période de mise au point achevée, on entre dans celle de la procédure d'agrément. En février 1985 sont déposées des demandes d'agrément en France pour le test Abbot et pour le test Elisa. Le 2 mars 1985, le test Abbot est agréé aux Etats-Unis et le dépistage mis en œuvre. Le 21 juin 1985 le test Elisa est agréé en France. Le 23 juillet 1985, le dépistage est rendu obligatoire à compter du 1<sup>er</sup>

août. Le 24 juillet 1985 le test Abbot est agréé en France. Le test Elisa sera agréé aux Etats-Unis le 18 février 1986 après une demande présentée le 16 mai de l'année précédente. Telles sont du moins les informations résultant des pièces des dossiers.

Sur le plan des précautions prises pour éviter les contaminations, l'une des dates clés est évidemment l'arrêté du 23 juillet 1985 modifiant l'arrêté du 17 mai 1976 relatif aux prélèvements de sang et prescrivant la détection des anticorps anti LAV. Nous n'entendons pas évidemment préjuger par cette affirmation d'une éventuelle responsabilité de l'Etat pour retard à agréer un ou des tests ou pour retard à prescrire, compte tenu de l'existence de tests, le dépistage des dons du sang. Nous n'entendons pas non plus ignorer qu'avant même l'agrément des tests et l'arrêté du 23 juillet 1985, des examens sérologiques auraient été mis en place à l'hôpital Cochin, d'après le dossier en novembre 1984, sans être poursuivis avant d'être repris le 1<sup>er</sup> avril 1985, ni que le dépistage a été mis en place à la Pitié-Salpêtrière le 1<sup>er</sup> juillet 1985.

Cette réserve formulée, un indicateur imparfait permet de mesurer indirectement l'évolution des connaissances médicales et d'en déduire les précautions minimales qui pouvaient être prises: ce sont les instructions ministérielles.

La circulaire du 30 juin 1980 du ministre de la Santé est évidemment muette sur la question et concerne exclusivement les précautions que le médecin prescripteur et le médecin exécutant la transfusion doivent prendre en ce qui concerne la compatibilité entre le sang du donneur et le sang du receveur. Elle concerne les hôpitaux.

La circulaire du 20 juin 1983 comporte des instructions destinées aux centres de transfusion sanguine. Relevant que la transmission par le sang et les produits dérivés du sang a pu être suspectée mais non établie et qu'il n'existe aucun test approprié, elle prescrit la contre-indication du don pour les personnes présentant des signes cliniques suspects et l'identification des personnes appartenant à des groupes à risques, le don dans ce dernier cas étant réservé à la préparation de plasma destiné au fractionnement. Le ministre recommande également la diffusion d'un message auprès des donneurs de sang et le développement de l'autosuffisance nationale en matière de production de fractions coagulantes contenant le facteur VIII.

La circulaire du 16 janvier 1985 du directeur général de la Santé aux directeurs des centres et postes de transfusion sanguine rappelle la précédente en observant qu'il semble que ses dispositions ont été peu appliquées. Elle relève que l'identification du virus et la possibilité de sa transmission par transfusion sont désormais acquises, et indique que les tests de dépistage sont en phase d'évaluation et ne seront disponibles que dans un certain délai. Pour le reste elle prescrit l'application stricte de la circulaire de 1983, des investigations, en cas de contamination, sur la provenance du sang, les conditions de prélèvement et de surveillance des donneurs, renforce les mesures d'information des donneurs et les conséquences de l'interrogatoire médical en enjoignant d'inviter les donneurs à risques à ne plus donner provisoirement leur sang.

Postérieure à l'introduction des tests, la circulaire du 28 août 1987

introduit trois notions nouvelles par rapport aux précédentes:

- la limitation du nombre de transfusions au strict nécessaire, justifiée par l'existence de la période de sérologie muette en ce qui concerne le Sida, l'existence de virus non détectables (par exemple l'hépatite non A non B) et de produits non inactivables;

- la réorientation de la production et de la consommation vers les produits les plus sûrs;

- le développement de l'auto-transfusion lorsqu'elle est possible.

La circulaire du 17 mai 1989 —postérieure à l'arrêté du 12 septembre 1988 rendant obligatoire le dépistage des anticorps anti HBC— prescrit d'harmoniser les attitudes des différents centres et postes, relève la baisse sensible de la présence du virus de l'immunodéficience humaine dans les dons collectés (de 0,64% en 1985 à 0,17% au 4<sup>e</sup> trimestre 1988), réclame davantage de rigueur dans le fonctionnement des collectes, proscriit les lieux publics qui attirent des donneurs plus intéressés par un dépistage que par un don et comporte des directives de sélection des dons selon le résultat des tests de prévention des hépatites non A - non B et de dépistage sérologique de HTLV 1.

La circulaire du 3 juillet 1990 est relative à la transfusion autologue en vue d'une intervention programmée et montre que cette technique n'est pas toujours recommandable et comporte des risques propres.

Enfin, à la suite de la loi du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, c'est une réorganisation complète de l'organisation de la transfusion sanguine qui a été mise en œuvre avec, notamment, la

définition, en application de l'article L. 668-3 du code de la santé publique, des bonnes pratiques transfusionnelles par un règlement établi par l'Agence française du sang, homologué par arrêté ministériel, la mise en place d'un dispositif d'hémo-vigilance et d'un contrôle des établissements de transfusion par l'Agence.

La chronologie des progrès médicaux et celle des mesures prises par l'Etat démontre, s'il en était besoin, l'acquisition progressive de la connaissance médicale et de la conscience du risque. Au risque de commettre des anachronismes, il est donc nécessaire si on raisonne sur le terrain de la faute de distinguer l'erreur imputable aux inévitables délais d'adaptation à une menace nouvelle et non maîtrisée de la faute imputable à la négligence ou à l'inconscience.

La nature des précautions prescrites par l'autorité de tutelle n'interdit pas néanmoins de s'interroger sur le point de savoir si certaines d'entre elles n'auraient pu et dû être mises en oeuvre spontanément plus tôt par les centres de transfusion, d'autres par le corps médical (par exemple le moindre recours à la transfusion): à bien des égards cependant sont en cause des comportements collectifs, y compris celui des donneurs à risque d'ailleurs, toujours difficiles à censurer dans la mesure où la faute est le manquement aux règles de comportement communément admises.

Enfin, si le terrain doit être celui de la faute prouvée, on ne peut s'empêcher de constater la difficulté de cette preuve en bien des cas, le malade n'ayant aucune relation directe avec le centre de transfusion sanguine et étant singulièrement démuni pour savoir si un interrogatoire médical du donneur, couvert par le

secret médical, a été correctement conduit, ou si des risques inconsidérés ont été pris dans le choix des populations de donneurs. Les affaires aujourd'hui appelées en sont la parfaite illustration.

Telle est donc la toile de fond de la question posée. Sur le plan du droit, elle ne présente de difficulté nouvelle qu'en ce qui concerne la responsabilité liée à l'activité des centres de transfusion sanguine publics.

L'Etat, en effet, n'est pas en cause et vous avez déjà jugé qu'il est responsable sur le terrain de la faute au titre de son rôle dans la transfusion sanguine (organisation, contrôle, réglementation: v. CE, Ass., 9 avr. 1993, préc.).

Les hôpitaux dans leurs activités de soins sont responsables tantôt sur le fondement de la faute médicale (CE, Ass., 10 avr. 1992, *Epoux V.*, Rec. p. 171) ou de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, tantôt mais très exceptionnellement sur celui du risque (CE, Ass., 9 avr. 1993, *Bianchi*, Rec. p. 127). Etant précisé que vous déduisez parfois la faute de ses conséquences, lorsque ces dernières n'ont pu se produire qu'en raison d'une faute de l'hôpital (v. par ex. pour les défauts d'asepsie: CE, 9 déc. 1988, *Cohen*, Rec. p. 431). Fixé par deux décisions d'Assemblée récentes, ce régime n'est pas susceptible d'être modifié.

Mais, bien évidemment, lorsqu'on s'écarte de l'activité de soin, le régime de responsabilité des hôpitaux est très divers (responsabilité du fait des ouvrages publics, responsabilité contractuelle, etc.).

Doit-on assimiler l'activité des centres de transfusion publics, singulièrement ceux des hôpitaux, à

une activité de soins? Doit-on, lorsqu'un malade est contaminé à l'hôpital par suite d'une transfusion, faire abstraction systématiquement de l'origine des produits transfusés ou, au contraire, tenir compte des missions de chacun: Etat, centre de transfusion, service de soin, et du régime de responsabilité applicable à chaque mission?

La question nouvelle est donc bien celle du régime de responsabilité lié à l'activité des centres de transfusion sanguine publics et de ses rapports avec le régime de responsabilité des autres opérateurs. Nous examinerons successivement ces deux aspects.

La jurisprudence administrative sur la responsabilité des centres de transfusion sanguine est rare.

Par une décision du 16 novembre 1955, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris* (Rec. CE p. 546), vous avez admis la responsabilité de l'hôpital sur le fondement de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service pour insuffisance des précautions prises préalablement à un don d'une donneuse atteinte de syphilis, mise à la disposition de l'Assistance publique par une oeuvre au contrôle de laquelle la collectivité publique s'en remettait entièrement. A l'époque, les transfusions se faisaient d'homme à homme. Statuant sur une situation antérieure à la loi du 21 juillet 1952 qui a confié aux centres de transfusion sanguine, sous le contrôle de l'Etat, le monopole des opérations de collecte des dons du sang, avec mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, cette décision, qui ne statue pas sur la responsabilité d'un centre de transfusion, est largement obsolète.

Par une décision *Mme Alépée* du 15 octobre 1976, requête n° 91444, vous avez admis l'incompétence du juge administratif pour statuer sur la responsabilité des centres de transfusion sanguine privés et écarté tout lien de causalité s'agissant d'un centre public entre le décès d'un donneur et les prélèvements de sang qu'il avait subis. On ne peut rien en déduire sur la question qui nous intéresse.

Par une décision du 6 octobre 1976, *Société clinique chirurgicale de la maison Rose* (Rec. CE p. 397) vous avez retenu la responsabilité pour faute d'un centre de transfusion sanguine qui avait fourni un sang d'un groupe différent de celui qui lui avait été demandé.

Enfin, s'agissant des risques encourus par les donneurs, l'article L. 668-10 du code de la santé publique, dans sa rédaction actuelle, impose à tous les établissements une responsabilité sans faute qui était déjà admise par la jurisprudence pour les établissements publics sur le fondement de la théorie des dommages causés aux collaborateurs bénévoles du service public (v. en ce sens: TA Dijon, 20 mai 1964, *Pautras*, Rec. p. 720; CAA Nantes, 11 juin 1992, *Delhommeau*, Rec. p. 539) et que l'article L. 667 ancien imposait aux tribunaux judiciaires auxquels il avait donné compétence pour indemniser les risques encourus par les donneurs en cas de modification des caractéristiques du sang avant le prélèvement.

Vous n'avez donc pas eu depuis la loi de 1952 à statuer sur le cas de la responsabilité d'un centre à l'égard du malade transfusé, à la suite de la fourniture d'un sang contaminé.

Tel n'est pas le cas du juge judiciaire.



De longue date sur le fondement contractuel —qui n'est pas celui de la responsabilité hospitalière et ne peut être celui d'un centre de transfusion hospitalier fournissant du sang à l'hôpital— et sur la base des articles 1121 et 1135 du code civil, la Cour de cassation a admis la responsabilité des centres de transfusion privés à l'égard des transfusés en raison de l'inoculation d'un sang vicié, y compris à l'hôpital public, par le jeu d'une stipulation pour autrui (Civ. 2<sup>e</sup>, 17 déc. 1954, *D.* 1955.269). Elle admettait également la responsabilité de la clinique privée pour injection d'un sérum vicié, y compris si le vice provient d'une erreur du fabricant (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 1959, *La clinique Saint François d'Assise et autres c/Blanc*, *JCP* 1959.II.11046). C'était en réalité à une obligation de résultat qu'étaient tenus le fabricant et le fournisseur du produit, celle de livrer un produit exempt de vice.

Cette jurisprudence ne semblait pas concerner les effets indésirables qui ne résultent pas d'un vice du produit (v. pour un médicament, Civ. 1<sup>re</sup>, 8 avr. 1986, *M. Thorens*, *Bull. civ.* I, n° 82) et ne concernait pas le médecin, du moins toutes les fois, qu'il ne peut être regardé comme fournisseur du produit (v. pour un chirurgien-dentiste fournisseur d'une prothèse, Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1972, *D.* 1973.243).

Très antérieure à l'apparition des questions liées au virus de l'immunodéficience humaine et au virus de l'hépatite C, cette jurisprudence a été depuis confirmée en ce qui concerne la responsabilité des centres de transfusion sanguine mais infirmée en ce qui concerne la responsabilité des cliniques par deux arrêts récents

de la Cour de cassation qui statuent sur des cas de contamination par le virus de l'immunodéficience humaine (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 avr. 1995, pourvois n°s 92-20.747 B, 92-11.950 Q et 92-11.975).

La seule possibilité d'exonération en application de l'article 1147 du code civil est la cause étrangère, telle la force majeure, mais le vice interne du sang, même indécélable, n'est pas regardé par la jurisprudence judiciaire comme constituant pour l'organisme fournisseur une cause étrangère, c'est-à-dire extérieure à son activité

En droit administratif, cette responsabilité légale découlant du code civil correspond à la responsabilité sans faute.

Le code civil est évidemment inapplicable aux présents litiges et rien en droit ne vous oblige à adopter pour les centres de transfusion publics un fondement de responsabilité ayant des effets analogues à celui applicable aux centres privés. Mais la question mérite un examen attentif. En effet, publics ou privés, les centres de transfusion sanguine appartiennent à un même service public organisé, contrôlé, et réglementé par l'Etat; ils sont soumis à des règles communes sur le fondement des dispositions du code de la santé publique; les hôpitaux et les cliniques privées ont recours aux prestations des uns et des autres; le choix du malade n'intervient pas dans l'origine du produit qui lui est administré et si cette origine est très diversifiée, aucune des deux grandes catégories d'établissements (publics ou privés) ne peut être considérée comme marginale (exprimée en chiffre d'affaires, l'activité des établissements de transfusion sanguine se

répartissait ainsi en 1992: association hors fractionnement: 24%; hôpitaux hors Assistance publique-Hôpitaux de Paris: 17%; Assistance publique-Hôpitaux de Paris: 9%; conseils généraux: 2%; mutualité: 1%; fondations: 18%; centres de fractionnements associatifs hors Centre national de transfusion sanguine: 29%).

En conséquence, à condition, d'une part, de ne modifier en rien les principes de la responsabilité médicale des hôpitaux, récemment fixés par deux décisions d'Assemblée mûrement pesées, d'autre part, de ne heurter aucun des principes fondateurs de la responsabilité administrative, l'opportunité au sens le plus noble du terme conduit certainement à rechercher, s'il est possible, un régime offrant des garanties à peu près équivalentes.

Le régime de la responsabilité médicale des hôpitaux ne s'impose pas puisque la vocation des centres de transfusion sanguine n'est pas, principalement du moins, de dispenser des soins, et puisque c'est le fondement de la responsabilité de ces centres dans leur activité d'élaboration des produits sanguins que nous recherchons présentement.

Or, ce dernier exercice qui consiste à distinguer radicalement l'activité de soins de l'activité d'élaboration des produits sanguins, y compris lorsqu'elles relèvent d'une même collectivité, n'est nullement artificiel.

Ce qui frappe, en effet, dans l'activité des centres de transfusion sanguine, c'est sa très grande spécificité par rapport à l'activité habituellement poursuivie par l'administration sous le régime administratif. Sous ce régime, l'administration produit normalement des services et

est le plus souvent responsable de ses fautes prouvées, ce qui, pour emprunter le langage des civilistes, correspond à une obligation de moyens. Lorsqu'elle produit des biens matériels, c'est normalement sous le régime industriel et commercial, c'est-à-dire sous celui du droit privé. Et, lorsque tel n'est pas le cas, des régimes particuliers de responsabilité limitent en général le champ de la responsabilité pour faute: le plus connu est celui des dommages de travaux publics qui est en droit celui du risque, sauf pour les participants, et qui pour les usagers ou bénéficiaires retient avec le défaut d'entretien normal un critère qui présente avec le vice de la chose une analogie certaine.

L'activité des centres de transfusion sanguine —publics ou privés— est une activité sans but lucratif et actuellement l'article 16-1 du code civil, issu de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, dispose que ce dernier, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. Si la nature de l'activité et son objet s'opposent à toute assimilation pure et simple des produits sanguins aux autres produits, ils ne préjugent pas du régime de responsabilité applicable et accentuent plutôt l'originalité de son résultat qui ressemble plus à une fabrication qu'à un service.

C'est certain pour les produits stables qui suivent désormais le régime du médicament, mais ce n'est pas abusif pour les produits labiles qui, entre le prélèvement et la fourniture, font l'objet de vérifications, de traitements de laboratoire et de conditionnements.

Partant de cette spécificité, la première tentation est de rester sur le

terrain de la faute mais en atténuant ses effets par l'introduction d'une présomption.

Votre jurisprudence n'ignore nullement l'intérêt du mécanisme des présomptions de faute. On laissera de côté les hypothèses dans lesquelles la faute est prouvée par ses conséquences, telle des intoxications alimentaires dans une cantine scolaire (CE, 20 oct. 1976, *Caisse des écoles d'Alfortville*, Tables décennales, V° Responsabilité n° 440) ou des défauts d'asepsie en milieu hospitalier (CE, 9 déc. 1988, *Cohen*, Rec. p. 431). L'obligation de résultat ne pèse sur l'administration que parce que le résultat est atteint si toutes les précautions sont prises. Au cas présent, il est clair que, même en prenant toutes les précautions, le résultat peut ne pas être atteint (v. d'ailleurs pour un cas où un acte de soins courant peut avoir des conséquences graves sans qu'il y ait faute: CE, 13 mai 1977, *Rémy-Néris*, Tables décennales, V° Responsabilité n° 390).

En revanche, il y a au moins deux hypothèses où vous avez dégagé de manière jurisprudentielle de véritables présomptions.

La première est un succédané à la responsabilité sans faute, c'est celle des vaccinations obligatoires (CE, Ass., 7 mars 1958, *Dejours*, Rec. p. 153) et le législateur a d'ailleurs par la suite institué en ce domaine la responsabilité pour risque.

La seconde correspond précisément à des transpositions de mécanismes du droit privé.

C'est ainsi que, avant le transfert au juge judiciaire du contentieux des accidents automobiles, vous aviez obtenu un effet comparable à celui de l'article 1384 du code civil en

jugeant que les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile doivent faire admettre une présomption de responsabilité à la charge du service public du fait du conducteur de l'automobile qui a causé l'accident et que cette présomption ne peut être détruite que par la preuve que l'accident est imputable soit à une faute de la victime, soit à un cas fortuit ou de force majeure (CE, Sect., 29 juin 1934, *Epoux Lallement*, Rec. p. 753).

Plus récemment, vous avez admis la responsabilité d'un département qui avait confié un pupille de l'Assistance publique à une famille pour l'accident qu'il avait causé à un tiers dès lors que le département n'apportait pas la preuve qui lui incombe que la famille qui avait sa garde n'avait pu empêcher le fait qui est à l'origine du dommage et qu'il ne résultait pas de l'instruction que la victime eût commis une faute (CE, Sect., 19 oct. 1990, *Ingremeau*, Rec. p. 284). Vous avez ainsi transposé les principes de la responsabilité du fait d'autrui posés par l'article 1384 du code civil.

Ces transpositions ne sont pas surprenantes car le particularisme du droit administratif de la responsabilité ne se justifie que par la spécificité de l'action administrative. En face de situations comparables à celles que peut rencontrer le juge judiciaire, vous appliquez sans état d'âme des principes analogues, par exemple en matière de responsabilité décennale des constructeurs.

Vous pourriez donc envisager une présomption de responsabilité.

Si nous n'y sommes pas favorables, c'est que, avec un terrain juridique qui est celui de la faute, on débouche en réalité sur les effets de

la responsabilité sans faute assortis d'une censure morale. Or, dans la mesure même ou il est certain qu'en la matière le produit peut être vicié alors même qu'aucune faute n'a été commise, il peut paraître injuste de présumer une faute.

Logiquement, il convient alors d'explorer le champ de la responsabilité sans faute, recherche à laquelle ne font obstacle ni la directive du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, ni la loi du 31 décembre 1991 dont l'article 47 institue un fonds d'indemnisation des victimes de préjudice résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine par transfusion.

En admettant que la directive du 25 juillet 1985 englobe les produits sanguins dans son champ d'application —ce qui est très douteux— cette directive fixait une date limite de transposition —qui n'a d'ailleurs pu être respectée— postérieure aux accidents actuellement en litige. Au demeurant si, après avoir posé le principe de la responsabilité du producteur pour le dommage causé par un défaut du produit, elle prévoit comme cause d'exonération l'état des connaissances scientifiques et techniques qui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut (art. 7 e), elle réserve néanmoins les droits acquis (art. 13) et permet de maintenir et même d'instituer la responsabilité alors même que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de déceler l'existence du défaut. La jurisprudence ne révélant jamais que l'état préexistant du droit, l'article 13 de la directive lève toute objection tirée du droit européen.

Quant à la loi du 31 décembre 1991, bien que les débats parlementaires fassent apparaître le souci d'éviter un développement d'une responsabilité sans faute, qui à l'époque visait les décisions des tribunaux judiciaires, ils révèlent non moins clairement le choix délibéré de laisser ouvertes les actions de droit commun (v. *JOAN* débats, sur la portée du § IX, al. 1<sup>er</sup> de l'art. 47, 3<sup>e</sup> séance du 9 déc. 1991, p. 7462 et s.). Aussi bien la loi, qui envisage expressément l'action en justice parallèle à la saisine du fond, reconnaît implicitement l'existence de cas de responsabilité sans faute puisqu'elle dispose que, lorsque le fond est subrogé aux droits de la victime, il ne peut engager d'action au titre de cette subrogation que lorsque le dommage est imputable à une faute (art. 47, al. IX). Cette dernière disposition visait certainement le régime de responsabilité de droit privé, mais elle ne tranche rien relativement au droit de la responsabilité administrative.

De toute façon la loi ne couvre que les contaminations par le virus du Sida alors que les règles appliquées par le juge judiciaire sont applicables quelle que soit la contamination et englobent donc celles causées par le virus de l'hépatite C. On peut même s'interroger, mais ce n'est pas notre problème aujourd'hui, sur les solutions qu'appelleraient en droit privé des contaminations consécutives à des transplantations d'organes ou à des actes d'assistance médicale à la procréation.

En droit administratif, la question de la responsabilité sans faute peut déjà être envisagée au titre de ce qu'on désigne habituellement sous la catégorie des régimes fondés sur le

risque créé par certaines activités de puissance publique.

Au-premier rang, on y trouve les dommages imputables à des choses, des activités ou des ouvrages exceptionnellement dangereux.

Issue de la décision du 23 mars 1919, *Regnault-Desroziers* (Rec. p. 329), cette application de la théorie du risque, dont le président Odent relevait qu'elle «n'était guère à l'origine qu'une transposition des théories civilistes sur la responsabilité du fait des choses et des risques de voisinage» (*Cours*, 2<sup>e</sup> éd., p. 1439) et qu'elle a été «étendue à de nombreuses hypothèses où un dommage avait été causé par des installations, des procédés ou des engins dont la présence ou l'emploi entraînait des risques particuliers» regroupe des situations disparates, le juge se réservant, selon le même auteur, de déterminer quels sont les produits, procédés, techniques réputés dangereux.

Bien qu'il y ait certainement une réticence culturelle à se placer sur ce terrain s'agissant de l'élaboration d'une substance biologique destinée à soigner, cette approche ne nous paraît pas dénuée de tout intérêt dans la recherche de la solution.

Ce ne sont pas les effets secondaires propres à toute substance thérapeutique qui sont ici en cause, mais le risque spécifique, particulièrement insidieux lorsqu'il s'agit de la contamination d'une substance biologique, que constitue le vice du produit. Habituellement, c'est l'usage du produit dangereux qui engage la responsabilité parce que les collectivités publiques sont normalement, sauf lorsqu'elles agissent sous le régime industriel et commercial, en situation d'utilisatrice. Mais il est logique lorsqu'une collectivité publique fabrique

la substance de faire porter la responsabilité sur le responsable de l'élaboration. Par ailleurs, si le préjudice est généralement considéré comme anormal uniquement pour les tiers, il ne s'agit pas d'une règle absolue et une exception tout à fait remarquable est constituée par votre décision d'Assemblée du 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Dalleau* (Rec. p. 482).

C'est néanmoins à un fondement plus large que nous entendons nous attacher, tout en gardant en réserve le fondement de l'activité dangereuse pour le cas où vous ne seriez pas convaincus.

En réalité, la jurisprudence fait apparaître plusieurs hypothèses où la collectivité qui exerce une activité doit indemniser les risques particuliers qu'elle fait courir, y compris aux bénéficiaires du service, sans référence au caractère dangereux de l'activité.

Ce fut le cas des agents permanents de l'administration avant l'introduction de régimes législatifs de responsabilité (CE, 21 juin 1985, *Carnes*, Rec. p. 509) et c'est toujours le cas des agents occasionnels (CE, 22 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. p. 279). Sur un fondement très équitable, bien que difficile à définir, l'enfant à naître d'une institutrice contaminée à la suite d'une épidémie de rubéole a lui aussi droit à indemnisation (CE, Ass., 6 nov. 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Dame Saulze*, Rec. p. 550).

Mais c'est également le cas d'hypothèses assez diverses dont le rattachement à un texte est soit assez artificiel soit inexistant.

Assez artificiel, lorsque vous rattachez à l'article 9 de la loi du 31

décembre 1913, qui permet à l'administration d'exécuter elle-même à ses frais des travaux sur un monument classé appartenant à un particulier, la responsabilité sans faute de l'Etat pour les dommages causés par le fait de l'entreprise à laquelle il a confié les travaux (CE, Sect., 5 mars 1982, *Guetre, Rec. p. 101*).

Inexistant lorsque vous jugez que dans les conditions ou le centre d'essai en vol prend en charge les avions qui lui sont confiés par les constructeurs en vue de la délivrance du certificat de navigabilité et procède de sa propre initiative aux vérifications qu'il juge nécessaires, l'Etat doit assumer en principe et sans faute la responsabilité des accidents survenus au cours de ces opérations (CE, 18 avr. 1980, *Société nationale industrielle aérospatiale, Rec. p. 190*).

En définitive, l'activité liée à l'élaboration des produits sanguins nous paraît comporter nécessairement la prise en charge des risques liés exclusivement à leurs vices.

Se pose alors la question de la combinaison de ce régime de responsabilité avec celui de la responsabilité de l'Etat et celui de la responsabilité médicale des hôpitaux, en faisant abstraction provisoirement des hypothèses dans lesquelles une même collectivité publique prend en charge l'activité de soins et l'activité correspondant à celle d'un centre de transfusion sanguine.

Cette question ne présente de difficulté sérieuse que dans les cas où le régime de la responsabilité médicale sans faute — celui de la décision *Bianchi* — et le régime de la responsabilité sans faute au titre du vice du produit sont susceptibles d'interférer.

En effet, lorsque l'Etat ou l'hôpital ont commis des fautes, l'action de la

victime peut être dirigée contre eux. Le préjudice est, au moins partiellement, imputable à leur activité. Mais ils ne répondent que de la part du préjudice imputable à ces fautes. En l'absence de faute, lorsque les conditions de la jurisprudence *Bianchi* ne sont pas remplies, ils ne peuvent être condamnés à réparer les conséquences dommageables entraînées par le vice d'un produit utilisé (v. pour le vice de conception d'un appareil: CE, 14 dec. 1984, *Centre hospitalier de Meulan, Rec. p. 734*; et au contraire lorsque la défectuosité pouvait être détectée: 13 janv. 1988, *Centre hospitalier de la Ciotat, p. 1006*).

Mais l'hypothèse d'une interférence entre la jurisprudence *Bianchi* et le régime de responsabilité du fait du vice du produit n'est pas une hypothèse d'école.

Antérieurement à l'introduction des tests de dépistage, l'une des conditions posées par la jurisprudence *Bianchi* faisait défaut: celle du risque dont la réalisation est exceptionnelle. En effet, bien qu'à l'époque le risque fût sous-estimé, il était important. C'est ainsi que dans son rapport devant le Sénat, sur le projet qui allait devenir l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991, M. Huriet, faisant état des chiffres alors disponibles, estimait à 5 ou 6.000 dont 4 à 5.000 par transfusion le nombre de personnes contaminées par les produits sanguins, essentiellement avant la mise en place en 1985 de mesures efficaces. Même en tenant compte du nombre alors très élevé des transfusions, le risque était sans commune mesure avec celui que vous avez qualifié d'exceptionnel dans l'affaire *Bianchi*.

Depuis l'introduction des tests, en revanche, le risque encouru est deve-

nu tout à fait exceptionnel, puisqu'il ressort, des affirmations non contestées avancées devant les juges du fond, qu'il est évalué à 0,003%, soit trois cas pour 100.000. Par ailleurs les autres conditions sont remplies.

On pourrait donc aboutir à des situations dans lesquelles deux terrains de responsabilité correspondant à deux activités et parfois à deux auteurs du dommage sont en concurrence, avec toutes les complications procédurales et de compétence entre les ordres de juridiction qui peuvent en découler.

C'est en fait un problème d'imputabilité du dommage qui doit ainsi être résolu. Imputabilité à une activité, lorsqu'une personne unique assure les soins et l'élaboration du produit, imputabilité à un auteur lorsque, hypothèse sur laquelle nous raisonnons, l'hôpital et l'établissement de transfusion sont des personnes distinctes exerçant d'ailleurs toutes deux une mission de service public.

Si on admet que l'acte de transfusion est la cause de la contamination, l'hôpital est alors responsable à l'égard de la victime dès lors que, dans le domaine de la responsabilité sans faute, le fait d'un tiers n'est pas exonératoire. Il peut seulement se retourner contre le centre de transfusion sanguine.

Si on admet que c'est le vice du produit qui est la cause de la contamination et que la collectivité dont relève le centre de transfusion est l'auteur du dommage, c'est cette dernière qui doit être poursuivie.

Le rattachement exclusif des contaminations par voies transfusionnelles à l'activité du service public de la transfusion sanguine à notre préférence.

La difficulté n'est pas tant de déterminer la cause du dommage que de choisir son auteur.

En effet, pour apprécier un lien de causalité, vous ne retenez ni la théorie de l'équivalence des conditions ni celle de la proximité de la cause. On ne se heurte donc à aucun obstacle jurisprudentiel en affirmant que lorsqu'est en cause non l'effet indésirable d'un produit sain, mais le vice d'une substance, la cause n'est pas l'acte médical mais le vice du produit (v., pour régler il est vrai une question de compétence, l'arrêt du Tribunal des conflits, 4 févr. 1974, *Alban et Trouche*, Rec. p. 790 qui admet que la cause des dommages causés à des cultures par l'épandage aérien d'insecticides est la nature des produits utilisés et non le vecteur de leur utilisation).

On hésite un peu plus à déduire l'auteur de la cause. C'est néanmoins une démarche qui ne vous est pas totalement étrangère (v. CE, 16 févr. 1972, *Prinsolle*, Rec. p. 147 où vous admettez que la blessure par un tesson de bouteille, dont a été victime un élève en franchissant un fossé, ouvrage public communal, se rattache non à l'aménagement de l'ouvrage public mais à l'organisation du service public de l'enseignement relevant de l'Etat, qui n'avait pas pris les mesures empêchant les enfants de franchir les limites de la cour de récréation). Et, en l'espèce, elle est pleinement justifiée, voire même commandée, par les dispositions de la loi du 21 janvier 1952 qui, en confiant un monopole aux établissements de transfusion, prive en ce domaine les établissements de soins du moindre rôle actif dans le contrôle des produits et implique finalement la désignation de l'auteur des dommages résultant de leur vice.

Lorsqu'est en cause exclusivement le vice du produit administré la collectivité dont relève le service de soins n'est donc normalement responsable que de ses fautes propres ayant concouru à la survenance de l'accident ou en ayant aggravé les conséquences.

Si vous nous suivez, les règles applicables sont d'une extrême simplicité:

— l'Etat est responsable des conséquences de ses fautes dans sa mission d'organisation, de contrôle et de réglementation du service public de la transfusion sanguine;

— les centres de transfusion sanguine publics sont responsables sans faute des vices du produit élaboré, au rang desquels nous ne rangeons pas les éventuels effets indésirables d'une substance saine. S'agissant d'un préjudice corporel il est nécessairement anormal et l'apparente différence de sévérité dans l'appréciation de sa spécialité par rapport à la jurisprudence *Bianchi*, dont le fondement est différent, ne révèle aucune contradiction: la jurisprudence *Bianchi* couvre, en effet, dans des limites très strictes et inchangées, l'ensemble des effets indésirables d'une activité de soins, inhérents à cette activité et dont seuls les plus rarissimes rentrent dans la catégorie de ceux auxquels le malade ne peut normalement s'attendre. La solution que nous vous proposons présentement ne concerne que les seuls vices d'une substance qui doivent être normalement mis à la charge de l'organisme qui appartient à la catégorie de ceux qui ont le monopole de son élaboration et de sa distribution; les centres de transfusion publics sont bien entendu également responsables des fautes qu'ils ont pu com-

mettre lorsque le dommage n'est pas imputable à la contamination des produits sanguins;

— enfin les hôpitaux sont responsables de leurs fautes dans l'utilisation des produits sanguins.

Il reste alors à examiner les moyens de cassation dont vous êtes saisis, en distinguant les trois requêtes.

Les consorts Pavan font grief à l'arrêt qu'ils attaquent d'être insuffisamment motivé.

Après avoir énoncé les conditions qui, à ses yeux, subordonnaient l'engagement de la responsabilité sans faute de l'hôpital —en combinant l'arrêt *Gomez* et la décision *Bianchi*— la cour de Lyon a relevé «qu'il ne résulte pas de l'instruction que la transfusion qui a été pratiquée le 4 janvier 1984 sur M. Pavan remplisse les conditions ci-dessus énoncées».

En énumérant les conditions de la responsabilité sans faute, la cour à sans doute suffisamment motivé l'inversion de la solution du tribunal administratif, puisque les conditions d'une responsabilité sans faute posées par ce dernier étaient entièrement différentes. L'argumentation des consorts Pavan à partir de la décision *Bianchi* était de surcroît des plus sommaires. Mais en n'indiquant ni qu'aucune des conditions posées n'était remplie ou à l'inverse celles des conditions qui n'étaient pas remplies, la cour ne met pas le juge de cassation à même d'exercer son contrôle. Dès lors, il faut annuler l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêt attaqué qui seul fait grief au requérant et contre lequel seul d'ailleurs est dirigée leur argumentation.

En application de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987, vous pourrez régler l'affaire au fond, dans



l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Il vous faudra donc statuer sur l'appel de l'Assistance publique, limité au seul article 1<sup>er</sup> du jugement attaqué compte tenu des limites de l'annulation de l'arrêt. Cet article 1<sup>er</sup> condamne l'Assistance publique à Marseille à verser une indemnité de 1.500.000 F.

Contrairement à ce que soutient l'Assistance publique, l'existence ou l'exercice d'une action devant le fonds d'indemnisation ne fait pas obstacle à l'exercice devant les juridictions d'une action de droit commun (v. CE, Ass., 9 avr. 1993, *M. D.*, *Rec.* p. 110; Avis, 15 oct. 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, *Rec.* p. 280) y compris sur le fondement de la responsabilité sans faute.

La première question à examiner, eu égard au terrain retenu par le tribunal, est celle d'une éventuelle responsabilité sans faute de l'hôpital. Ce dernier ne comporte pas de centre de transfusion sanguine, par suite sa responsabilité ne peut être engagée que sur le terrain de la faute ayant concouru à la survenance de l'accident ou aggravé ses conséquences et les consorts Pavan ne sont pas fondés à invoquer la responsabilité médicale sans faute issue de votre décision *Bianchi*.

Il faut donc censurer le motif retenu par le tribunal et examiner les autres moyens des consorts Pavan.

Nous précisons que le lien de causalité entre la contamination et la transfusion est tenu pour certain par l'expert compte tenu de la chronologie de l'infection, de la coexistence d'une infection par le virus de l'hépatite C et par le virus du Sida, très fréquente chez les donneurs toxico-manes, enfin de l'absence totale de risque connu propre à la victime.

Les consorts Pavan se prévalent d'abord de votre jurisprudence sur les défauts d'asepsie au cours des interventions chirurgicales en milieu hospitalier (CE, 9 déc. 1988, *Cohen*, *Rec.* p. 431; 1<sup>er</sup> mars 1989, *Bailly*, *Rec.* p. 908). Contrairement à ce que soutient l'Assistance publique, ce moyen est recevable car il a la même cause juridique que la faute invoquée avant l'expiration du délai de recours devant le tribunal administratif.

Souvent interprétée comme instituant une présomption, cette jurisprudence se borne en réalité à établir la preuve de la faute par ses conséquences. Or, s'il est un domaine où la contamination ne révèle pas nécessairement la faute de l'hôpital, c'est bien en matière de contamination par du sang transfusé, dès lors que les tests de non-contamination relèvent de la responsabilité des centres de transfusion sanguine, qu'ils n'existaient pas à l'époque pour le virus de l'immunodéficience humaine et qu'ils ne sont toujours pas à ce jour entièrement fiables.

A défaut de faute révélée par ses conséquences, est-il alors possible de retenir une faute identifiée des l'origine?

La première faute invoquée aurait consisté à prendre un risque inutile en prescrivant une transfusion.

Sur ce point, le rapport d'expertise est très clair. L'expert conclut que l'indication de cette transfusion ne lui a pas paru abusive. Dans le service, à peu près la moitié des opérés subissaient une transfusion en raison des hémorragies entraînées par l'acte chirurgical. Or, s'agissant d'une opération en deux temps, l'hypovolémie qui résulterait de pertes sanguines non compensées lors de la première opération augmenterait

significativement les risques de choc lors de la deuxième étape comportant aussi une anesthésie.

La question qu'on peut se poser est relative à l'appréciation comparée du risque de choc aggravé par l'hypovolémie et du risque de contamination par transfusion. Mais le dossier ne permet pas de retenir une appréciation fautive de ce risque comparé. Nous rappelons que vous avez déjà jugé, à propos de la responsabilité de l'Etat pour la contamination des hémophiles par les produits non chauffés, que le risque de contamination par le virus de l'immunodéficience humaine par la voie de transfusion était tenu pour établi par la communauté scientifique dès novembre 1983 —soit au plus deux mois avant l'acte ici en cause— mais qu'en égard au caractère contradictoire et incertain des informations antérieurement disponibles tant sur l'évolution de la maladie que sur les techniques susceptibles d'être utilisées pour en éviter la transmission il ne pouvait être reproché à l'administration centrale de n'avoir pas pris avant le 22 novembre 1984 des mesures propres à limiter les risques de contamination par voie sanguine. Nous ne voyons guère comment on pourrait sérieusement reprocher au service hospitalier en cause une erreur d'appréciation d'un risque comparé au tout début de l'année 1984.

La deuxième faute invoquée consisterait pour l'hôpital à n'avoir pris aucune précaution pour vérifier la qualité des lots de sang, même en l'absence d'obligation réglementaire. Mais les tests ou mesures destinés à vérifier la non-contamination, dont on ne disposait d'ailleurs pas à l'époque des faits, sont de la

responsabilité exclusive des centres de transfusion sanguine.

En effet, en application des articles L. 666 et suivants du code de la santé publique, les centres de transfusion sanguine avaient depuis la loi du 21 juillet 1952, complétée par la loi du 2 août 1961, le monopole des opérations de collecte des dons du sang, avec mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, sous le contrôle de l'Etat.

Si l'hôpital peut certainement commettre des fautes dans l'utilisation du produit sanguin, il est normalement fondé à le tenir pour élaboré conformément aux règles applicables et à tenir ces règles pour conformes aux données scientifiques. Il n'en serait autrement que dans des circonstances très exceptionnelles — non réunies en l'espèce— ou l'hôpital sachant de manière certaine que le centre de transfusion sanguine ne prend pas les précautions légales ou même sachant de manière non équivoque que celles-ci sont notoirement insuffisantes et disposant des moyens pratiques de parer à cette carence, s'en abstenait.

Il faut donc faire droit à l'appel de l'Assistance publique et après avoir annulé l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêt attaqué, annuler l'article 1<sup>er</sup> du jugement du tribunal administratif de Marseille et rejeter la demande des consorts Pavan ainsi que leurs conclusions d'appel incident.

Le Fonds, qui à indemnisé les consorts Pavan, ne conclut à une subrogation à son bénéficiaire que pour le cas où vous prononceriez une condamnation. Comme tel n'est pas le cas, il n'y a pas à statuer sur ces conclusions.

Les consorts N'Guyen Quang invoquent contre l'arrêt qu'ils atta-

quent quatre moyens dont aucun ne soulève la question de la responsabilité sans faute. Mais celle-ci est d'ordre public et doit être relevée d'office dès lors du moins que les pièces du dossier soumis aux juges du fond permettaient et donc faisaient obligation à ceux-ci de soulever le moyen.

Si vous avez été convaincus par notre démonstration, vous annulez sur ce terrain l'arrêt attaqué avant de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon, car la cour administrative d'appel de Paris a statué en formation plénière. Il vous faudra accorder aux requérants 20.000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991.

En effet le lien de causalité ne faisait aucun doute, le sang a été fourni par le centre de transfusion sanguine de l'hôpital, enfin il n'y a ni faute de la victime, ni force majeure, la condition d'imprévisibilité n'étant pas remplie.

Si nous ne vous avons pas convaincus, il faudrait au contraire rejeter le recours.

Un premier moyen est tiré d'une erreur de droit.

La cour a relevé que «le dommage subi par un usager d'un établissement hospitalier public révèle, par le seul fait qu'il se soit produit, l'existence d'une faute commise à l'occasion de soins qui lui sont prodigués *dans le seul cas où, bien que la preuve n'ait pu être apportée, il a été nécessairement provoqué par une mauvaise organisation ou un fonctionnement défectueux du service*, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et des règles médicales s'imposant à tout praticien à l'époque des faits».

Il eût peut-être été plus exact de dire «bien que l'identification de son

auteur et sa date exacte n'aient pu être précisées». Mais au bénéfice de cette nuance, la cour n'a commis aucune erreur de droit sur la portée de votre jurisprudence.

Un deuxième moyen est tiré d'un renversement de la charge de la preuve. La cour a relevé «que si les héritiers de M. N'Guyen Quang allèguent que la technique de l'autotransfusion aurait permis d'éviter la contamination, ils n'apportent pas à la cour d'éléments suffisants justifiant que, dans les circonstances de l'espèce, cette méthode, à la supposer possible, s'imposait au service hospitalier».

Devant la cour d'appel, les consorts N'Guyen Quang avaient affirmé que l'Assistance publique n'avait jamais démontré que ce système n'était pas praticable. Il s'agirait ici d'une faute de l'hôpital qui, connaissant le risque de contamination par transfusion, aurait pu l'éviter en recourant à l'autotransfusion.

En cassation, l'Assistance publique explique de manière convaincante que cette technique ne peut être utilisée que pour couvrir les besoins d'interventions très modérément hémorragiques. Mais là n'est pas le problème; dans un régime de faute prouvée la victime doit apporter la preuve ou au moins des présomptions suffisantes pour que le juge prescrive une expertise. Or, les consorts N'Guyen Quang avaient procédé par affirmation négative et n'avaient apporté aucun élément à l'appui. Il n'y a donc aucun renversement de la charge de la preuve.

Le troisième moyen est tiré d'une violation du principe du contradictoire. La cour a relevé que l'administration générale de l'Assistance publique ne disposait au début de

l'année 1985 d'aucun autre moyen reconnu que l'interrogatoire du donneur «lui permettant de s'assurer que les produits du sang dits «labiles» administrés à M. N'Guyen Quang et pour lesquels, par ailleurs, l'inactivation de ce virus par chauffage ne peut être mise en oeuvre, n'étaient pas contaminés par ce virus...». Il lui est fait grief de s'être fondée sur des faits qui n'étaient pas dans le débat, sans indiquer le moins du monde d'où elle les tenait. Vous écarterez le moyen. Les consorts N'Guyen Quang avaient bien invoqué les garanties offertes par la technique du chauffage et l'Assistance publique avait bien répondu que l'inactivation n'était pas possible pour les produits labiles. Par ailleurs la circonstance que M. N'Guyen Quang avait reçu des produits labiles résultait nécessairement de la nature de l'intervention.

Le quatrième moyen est tiré d'une dénaturation des faits ayant consisté à estimer qu'en janvier 1985 l'état des connaissances scientifiques ne permettait pas de prendre des mesures efficaces contre le Sida. On a vu que la cour, après avoir constaté que le donneur avait été interrogé, a effectivement dénié l'existence d'autres moyens reconnus pour s'assurer que les produits sanguins labiles n'étaient pas contaminés et a écarté le moyen tire de la possibilité d'une autotransfusion.

Pour étayer une dénaturation, les requérants insistent sur le fait que le risque était connu avant 1985, que la circulaire du 20 juin 1983 avait recommandé d'écarter les donneurs à risque, ce qui aurait été fait de manière inefficace par de simples interrogatoires, que le dépistage par test était possible bien avant 1985, à été effectué à l'hôpital Cochin en

novembre 1984 sans pouvoir être poursuivi faute de moyens Et ils citent le cas de la Belgique où les mesures préventives auraient été beaucoup plus efficaces.

S'agissant d'une faute imputée au centre de transfusion sanguine — nous avons expliqué en effet que le service qui a pratiqué l'intervention n'a pas mission de contrôler normalement la qualité du sang — il n'y a pas dénaturation des faits à avoir affirmé que l'administration de l'Assistance publique ne disposait d'aucun autre moyen reconnu de s'assurer d'une non-contamination, s'agissant des tests de dépistage des anticorps anti-LAV, dès lors que l'agrément de ces tests, qui ne dépend pas de l'Assistance publique, n'a été accordé que postérieurement à la transfusion et que ces tests ne peuvent être regardés comme fiables par l'utilisateur qu'est le centre de transfusion sanguine qu'après agrément par les autorités compétentes (avant d'être au point ces tests ont comporté des marges d'erreur importantes faisant apparaître des faux séropositifs et des faux seronégatifs).

S'agissant du dépistage des donneurs à risque eu égard à l'argumentation présentée devant les juges du fond — vous êtes tenus comme juges de cassation par cette argumentation et par les pièces du dossier au vu desquelles ces juges ont statué —, il n'y a pas non plus dénaturation des faits de la cause dans le présent dossier. Les demandeurs n'ont pas contesté que les donneurs avaient fait l'objet d'un interrogatoire et le donneur contaminé avait fait des déclarations incomplètes. Enfin, aucune pièce du dossier n'établissait que le centre de transfusion sanguine de la Pitié-Salpêtrière ait pris des risques particu-

liers dans la collecte du sang ou qu'une autre méthode que l'interrogatoire fût efficace.

L'Assistance publique n'ayant pas la qualité de partie perdante ne pourrait alors être condamnée à verser aux requérants sur le fondement de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991 une somme de 20.000 F.

Vous en arriverez alors au recours de M. Jouan, qui invoque contre l'arrêt qu'il attaque, outre deux autres moyens, la méconnaissance du champ d'application de la responsabilité sans faute.

Ce dernier moyen nous paraît devoir être accueilli. Depuis votre décision *Bianchi* (CE, Ass., 9 avr. 1993, *Rec.* p. 127) il est devenu radicalement inexact d'affirmer comme l'a fait la cour dans son arrêt — dont la date suffit à expliquer l'erreur — « que la responsabilité des établissements hospitaliers ne peut être retenue qu'en cas de faute » et d'en déduire nécessairement qu'un moyen tiré de la responsabilité sans faute doit être écarté.

Cela suffit à entraîner l'annulation de l'arrêt. Mais s'agissant d'un moyen soulevé devant les juges du fond et qui au surplus est d'ordre public, vous pouvez aller plus loin s'il ressort des faits constants ressortant des pièces du dossier soumis à ces juges qu'il est fondé.

C'est à nos yeux le cas, en raison de la provenance du sang utilisé fourni par le centre de transfusion sanguine de l'hôpital.

Vous ne pourrez régler le litige au fond car il faut mettre en cause le Fonds d'indemnisation des victimes du Sida par transfusion en application des articles 15 et suivants du décret du 31 juillet 1992 modifié par le décret du 12 juillet 1993, applica-

ble devant les juges du fond et aux instances en cours. Le règlement du litige au fond vous mettrait en effet dans la situation d'un juge d'appel.

Il faut donc annuler l'arrêt, renvoyer à la cour administrative d'appel de Lyon car la cour de Paris a statué en formation plénière, et allouer à M. Jouan 10.000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991.

Si vous n'étiez pas convaincus, il vous faudrait écarter les deux autres moyens de cassation tirés, l'un, d'une erreur de droit sur la portée des « présomptions » l'autre, d'une inexacte qualification juridique des faits.

Nous avons déjà expliqué à l'occasion des affaires précédentes pourquoi la cour ne s'est pas méprise sur la portée de la jurisprudence *Cohen*. La contamination qui s'explique par les limites d'efficacité des tests employés ne résulte pas nécessairement d'une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service.

Vous contrôlez-la qualification de faute en cassation (v. CE, 28 juill. 1993, « *Bau-rouge* », *Rec.* p. 249; v. égal. lorsque la cour a écarté la qualification de faute lourde: CE, 18 nov. 1994, *Sauvi*, req. n° 141180).

Or, après avoir souverainement apprécié ce qu'exigeait la connaissance médicale à l'époque des faits — ce qui l'a conduite à écarter implicitement des méthodes évoquées dans une pièce du dossier émanant du professeur Mathe (recherche du virus par culture et polymérase chaîne réaction), mais dont l'efficacité est contredite par une autre pièce scientifique du dossier —, la cour a pu légalement estimer qu'ayant pris toutes les précautions en procédant à l'interrogatoire du donneur et au test préalable imposé par la réglementa-

tion, l'Assistance publique à Paris (c'est-à-dire le centre de transfusion sanguine de l'hôpital Cochin) n'avait pas commis de faute. De même la cour n'a pas commis d'erreur de qualification en déniant le caractère fautif au défaut de recours à l'autotransfusion eu égard à la faiblesse du risque encouru, alors d'ailleurs que, compte tenu notamment du caractère très hémorragique de l'intervention, il n'était nullement établi que la méthode fût en l'espèce envisageable (ce qui releverait de l'appréciation souveraine des juges du fond).

Par ces motifs nous concluons: qué,

1) sur la requête n° 151798, *Consorts Pavan*:

— à l'annulation de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêt attaqué,

— à l'annulation de l'article 1<sup>er</sup> du jugement du tribunal administratif de Marseille en date du 3 juillet 1992,

— au rejet de la demande des Consorts Pavan devant le tribunal

administratif tendant à la réparation des conséquences dommageables de la transfusion du 4 janvier 1984 et des conclusions d'appel incident qu'ils ont présentées devant vous;

2) sur la requête n° 143238, *Consorts N'Guyen Quang*:

— à l'annulation de l'arrêt attaqué,

— au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon,

— à la condamnation de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris à verser aux requérants 20.000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991;

3) sur la requête 143673, *M. Jouan*:

— à l'annulation de l'arrêt attaqué,

— au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon,

— à la condamnation de l'Assistance publique-hôpitaux de Paris à verser à M. Jouan 10.000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991.

## Arrêts du Conseil d'Etat, Assemblée, 26 mai 1995

### 1. *Consorts N'Guyen*

Requête présentée par Mme Van, veuve N'Guyen Quang, M. N'guyen Quang Toan, M. N'Guyen Quang Tuong, Mme N'Guyen Nhu Ngoc, Mme N'Guyen Nhu Hang, M. N'Guyen Quang Trinh demandant:

1. L'annulation de l'arrêt du 20 octobre 1992 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a, à la demande de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris, annulé le jugement du 6 novembre 1991 par lequel le tribunal administratif de Paris avait condamné cette

dernière à leur payer la somme de 500.000 F en réparation du préjudice subi par M. N'Guyen Quang du fait de sa contamination par le virus de l'immunodéficiencia humaine ainsi qu'une somme de 5.000 F au titre des frais irrépétibles, et rejeté leurs conclusions devant ce tribunal;

2. Le sursis à exécution de cet arrêt; [...]

Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987; ...

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que la contamination de M. N'Guyen Quang par le virus de l'immunodéficience humaine résulte d'une transfusion de sang qu'il a reçue lors d'une intervention chirurgicale pratiquée le 24 janvier 1985 dans le service de cardiologie du groupe hospitalier de la Pitié-Salpêtrière et que le sang a été fourni par le centre de transfusion du même groupe hospitalier, lequel, comme ce dernier, n'a pas une personnalité juridique distincte de celle de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris; qu'il en résulte que la responsabilité encourue par l'Assistance publique, du fait d'un vice affectant le produit administré, doit être recherchée non sur le fondement des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestations médicales mais, au cas d'espèce, sur la base des règles propres à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine;

Considérant qu'en vertu des dispositions de la loi du 21 juillet 1952 modifiée par la loi du 2 août 1961, les centres de transfusion sanguine ont le monopole des opérations de collecte du sang et ont pour mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture aux utilisateurs, des produits sanguins; qu'eu égard tant à la mission qui leur est ainsi confiée par la loi qu'aux risques que présente la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits four-

nis; qu'ainsi, en jugeant que la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à l'égard des consorts N'Guyen ne peut être engagée dès lors qu'aucune faute prouvée ou révélée par l'accident n'est établie, la cour administrative d'appel de Paris a fait une inexacte application des règles qui régissent la responsabilité des collectivités publiques;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de l'article 75-1 de la loi susvisée du 10 juillet 1991 et de condamner l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à payer aux consorts N'Guyen la somme de 20.000 F qu'ils demandent au titre des sommes exposées par eux et non comprises dans les dépens; ... [annulation: renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon; condamnation de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à payer 20.000 F aux consorts N'Guyen].

(Mlle Laigneau, rapporteur; M. Daël, commissaire du gouvernement; Mes de Nervo et Foussard, avocats.)

## 2. M. Jouan

Requête présentée par M. Joseph Jouan demandant:

1. L'annulation de l'arrêt du 20 octobre 1992 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a annulé les jugements du tribunal administratif de Paris des 11 janvier et 29 novembre 1991 qui avaient

déclaré l'administration générale de l'Assistance publique de Paris, responsable des conséquences dommageables de sa contamination par le virus de l'immunodéficience humaine et l'avait condamnée à lui verser une indemnité de 450.000 F et a rejeté les conclusions présentées devant ce tribunal administratif;

2. Le règlement de l'affaire au fond, le rejet de l'appel de l'administration générale de l'Assistance publique de Paris et le droit aux conclusions de son appel contre ces jugements;

3. Une indemnité de 10.000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991; [...]

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991; le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987; ...

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que la contamination de M. Jouan par le virus de l'immunodéficience humaine résulte d'une transfusion de sang qu'il a reçue lors d'une intervention chirurgicale pratiquée le 7 novembre 1987 dans le service de chirurgie orthopédique de l'hôpital Cochin et que la sang a été fourni par le centre de transfusion du même hôpital, lequel, comme ce dernier, n'a pas une personnalité juridique distincte de celle de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris; qu'il en résulte que la responsabilité encourue par l'Assistance publique, du fait d'un vice affectant le produit administré, doit être recherchée non sur le fondement

des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestations médicales mais, au cas d'espèce, sur la base des règles propres à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine;

Considérant qu'en vertu des dispositions de la loi du 21 juillet 1952 modifiée par la loi du 2 août 1961, les centres de transfusion sanguine ont le monopole des opérations de collecte du sang et ont pour mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture aux utilisateurs, des produits sanguins; qu'eu égard tant à la mission qui leur est ainsi confiée par la loi qu'aux risques que présente la fourniture de produits sanguins, les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis; qu'ainsi, en jugeant que la responsabilité de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à l'égard de M. Jouan ne peut être engagée dès lors qu'aucune faute prouvée ou révélée par l'accident n'est établie, la cour administrative d'appel de Paris a fait une inexacte application des règles qui régissent la responsabilité des collectivités publiques;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon;

Considérant qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de faire application de l'article 75-1 de la loi susvisée du 10 juillet 1991 et de condamner l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à payer à M. Jouan la somme de 10.000 F



qu'il demande au titre des sommes exposées par lui et non comprises dans les dépens; ... [annulation; renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon; condamnation de l'administration générale de l'Assistance publique à Paris à payer 10.000 F à M. Jouan].

(Mlle Laigneau, *rapporteur*; M. Daël, *commissaire du gouvernement*; SCP Guignet, Bachellier, de la Varde, Me Foussard, *avocats*.)

### 3. Consorts Pavan

Requête présentée par Mme Marisa Pavan, Mlle Claudia Pavan, M David Pavan demandant au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon en date du 11 mai 1993 annulant à la demande de l'assistance publique de Marseille le jugement en date du 3 juillet 1992 par lequel le tribunal administratif de Marseille a condamné l'Etat à leur verser la somme de 1.500.000 F en réparation du préjudice subi du fait de la contamination de M Stéphanos Pavan par le virus de l'immunodéficience humaine et rejetant leurs conclusions présentées devant ce tribunal; [...]

Vu la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991; le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel; l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987; ...

Considérant qu'après avoir posé en principe qu' «en l'absence de faute établie ou présumée, la responsabilité d'un établissement hospitalier ne peut être engagée que lorsque les conséquences de l'acte

médical qui est à l'origine du dommage sont d'une extrême gravité et que ce dommage est directement imputable soit à la mise en oeuvre, sans que des nécessités vitales l'exigent, d'une thérapeutique nouvelle soit à un acte qui, s'il est nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque connu mais dont la réalisation est exceptionnelle et auquel aucun élément ne permettait de penser que le patient était particulièrement exposé», la cour administrative d'appel de Lyon s'est bornée à affirmer «qu'il ne résulte pas de l'instruction que la transfusion qui a été pratiquée le 4 janvier 1984 sur M. Pavan remplit les conditions ci-dessus énoncées»; qu'en ne précisant pas la ou les conditions qui n'étaient pas remplies au cas d'espèce, la cour n'a pas mis le juge de cassation à même d'exercer son contrôle; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêt attaqué doit être annulé;

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la loi susvisée du 31 décembre 1987, le Conseil d'Etat. s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, peut régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise ordonnée par le tribunal administratif que l'intervention chirurgicale subie par M. Pavan exigeait le recours à la transfusion sanguine; qu'en l'absence de tout autre élément ayant

concouru à sa réalisation, le dommage subi par M. Pavan du fait de sa contamination par le virus de l'immunodéficiência humaine est uniquement imputable au produit sanguin vicié fourni par le centre de transfusion;

Considérant, d'autre part, qu'en vertu de la loi du 21 janvier 1952, modifiée par la loi du 2 août 1961, les centres de transfusion sanguine ont le monopole des opérations de contrôle medical des prélèvements sanguins, du traitement, du conditionnement et de la fourniture aux utilisateurs des produits sanguins; qu'ainsi le préjudice résultant pour un malade de sa contamination par des produits sanguins transfusés est imputable à la personne morale publique ou privée dont relève le centre de transfusion sanguine qui a élaboré les produits utilisés; que lorsque la transfusion a été effectuée dans un hôpital qui ne relève pas de cette personne morale, cet hôpital ne peut être tenu responsable des conséquences dommageables de la transfusion;

Considérant que les produits sanguins transfusés à M. Pavan lors de l'intervention chirurgicale qu'il a subie le 4 janvier 1984 à l'Hôtel-Dieu de Marseille et qui sont à l'ori-

gine de sa contamination par le virus de l'immunodéficiência humaine (VIH) ont été fournis par le centre régional de transfusion sanguine de Marseille qui ne relève pas de l'administration de l'Assistance publique à Marseille; qu'il suit de là que l'Assistance publique à Marseille est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif l'a condamnée à verser aux ayants droit de M. Pavan une indemnité de 1.500.000 F;

#### *Sur les frais de l'expertise*

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de laisser les frais d'expertise à la charge de l'administration de l'Assistance publique à Marseille; ... [annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, en date du 11 mai 1993 et de l'article 1<sup>er</sup> du jugement du tribunal administratif de Marseille, en date du 3 juillet 1992; rejet du surplus des conclusions de la requête].

(Mlle Laigneau, *rapporteur*; M. Daël, *commissaire du gouvernement*; SCP Guiguet, Bachellier, de la Varde, SCP Le Prado, SCP Piwnica, Molinié, *avocats*.)

**Conseil d'Etat, Assemblée. 1<sup>er</sup> avril 1988.** (MM. Mallet, rapp.; Vigouroux, c. du g.; S.C.P. Le Sourd, Baudin, av.). **Aff.: M. José María Bereciartua-Echarri.— Req. n° 85234**

.....  
 Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête

Considérant qu'aux termes de

l'article 1<sup>er</sup> A 2° de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut de réfugié la qualité de réfugié est reconnue à « toute personne [...] qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion,

de sa nationalité, de son appartenan-  
ce à un certain groupe social ou de  
ses opinions politiques, se trouve  
hors du pays dont elle a la nationalité  
et qui ne peut ou, du fait de cette  
crainte, ne veut se réclamer de la  
protection de son pays»;

Considérant qu'il ressort des pièces  
du dossier qu'à la date à laquelle  
a été pris le décret accordant  
aux autorités espagnoles l'extradi-  
tion de M. Bereciartua-Echarri,  
ressortissant espagnol d'origine  
basque, pour des faits intervenus  
entre février 1979 et juin 1981, le  
requérant bénéficiait de la qualité  
de réfugié en vertu d'une décision  
du 21 juin 1973, maintenue par  
une décision du 30 juillet 1984 de  
la commission des recours des réfugiés,  
non contestée par le directeur  
de l'office français de protection  
des réfugiés et apatrides et devenue  
définitive;

Considérant que les principes  
généraux du droit applicables aux  
réfugiés, résultant notamment de la

définition précitée de la Convention  
de Genève, font obstacle à ce qu'un  
réfugié soit remis, de quelque  
manière que ce soit, par un Etat qui  
lui reconnaît cette qualité, aux auto-  
rités de son pays d'origine, sous la  
seule réserve des exceptions prévues  
pour des motifs de sécurité nationa-  
le par ladite convention: qu'en  
l'espèce le garde des Sceaux, minis-  
tre de la Justice, n'invoque aucun de  
ces motifs; qu'ainsi, et alors qu'il  
appartenait au gouvernement, s'il  
s'y croyait fondé, de demander à  
l'office français de protection des  
réfugiés et apatrides de cesser de  
reconnaître la qualité de réfugié à  
M. Bereciartua-Echarri, le statut de  
ce dernier faisait obstacle à ce que le  
gouvernement pût légalement déci-  
der de le livrer, sur leur demande,  
aux autorités espagnoles; que le  
décret attaqué est dès lors entaché  
d'excès de pouvoir;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: Le décret du 30 janvier  
1987 est annulé.

**Conseil d'Etat, Assemblée. 29 juin 1990. (MM. Errera, rapp.;  
Abraham, c. du g.). Aff.: Groupe d'information et de soutien  
des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.). Req. n° 78519**

*Conclusions de Ronny Abraham  
commissaire du gouvernement*

L'entrée et le séjour des Algériens  
en France sont régis par un accord  
du 27 décembre 1968 publié au  
Journal officiel du 22 mars 1969, et  
conclu, selon les termes de son pré-  
ambule, dans le cadre des «déclara-  
tions gouvernementales du 19 mars  
1962» dites «accords d'Evian».

Cet accord a été complété, sur un  
point particulier, par deux échanges

de lettres en dates du 26 décembre  
1978 et du 20 décembre 1979 mais  
surtout, ses stipulations ont été assez  
profondément modifiées par un ave-  
nant en date du 22 décembre 1985.

C'est qu'en effet, entre-temps, le  
droit commun applicable aux étran-  
gers en France, résultant de la légis-  
lation interne, avait été modifié dans  
un sens libéral par la loi du 17 juillet  
1984 si bien que, de plus favorable  
que le régime ordinaire des étrangers  
qu'il était jusqu'alors, le régime pro-

pre aux Algériens était devenu sur certains points non dénués d'importance, moins avantageux.

C'est cette situation qui a rendu utile, sinon nécessaire, une renégociation de l'accord de 1968, dans la perspective générale d'un rapprochement des règles stipulées par la convention bilatérale avec celles résultant de la nouvelle législation française.

La négociation a abouti à la conclusion de l'avenant susmentionné, signé à Alger le 22 décembre 1985 et publié au Journal officiel de la République française du 8 mars 1986 en vertu d'un décret présidentiel du 7 mars. Cet avenant comporte un protocole qui lui est annexé, lui aussi publié, et de même valeur que l'accord lui-même.

Une circulaire du 14 mars 1986, émanant conjointement du ministre de l'Intérieur et de celui des Affaires sociales et de la Solidarité nationale et publiée au Journal officiel du 16 mars, expose à l'intention des commissaires de la République l'ensemble des règles applicables, compte tenu des modifications résultant de l'avenant, à l'entrée, au séjour et à l'emploi des ressortissants algériens et de leurs familles. Elle indique à ses destinataires comment il faut comprendre et appliquer les stipulations conventionnelles en vigueur.

Le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.) vous défère cette circulaire aux fins d'annulation partielle. L'association requérante conteste en effet la conformité aux stipulations applicables de quatre dispositions de la circulaire: la première concerne le bénéfice du regroupement familial pour les «enfants mineurs» des ressortissants algériens installés en

France, la deuxième a trait à la possibilité pour l'administration d'opposer la «situation de l'emploi» aux demandes de titres de séjour présentées par des Algériens désireux d'exercer en France une activité salariée; la troisième a pour objet de subordonner la délivrance d'un titre de séjour à la condition que la présence du demandeur sur le territoire français ne constitue pas une menace pour l'ordre public; la quatrième est relative aux conditions dans lesquelles les Algériens bénéficiaires d'un titre de séjour en qualité d'étudiants peuvent être admis à occuper un emploi.

I. Nous dirons un mot d'un moyen invoqué à l'encontre de l'ensemble des dispositions critiquées, et tiré de ce que la circulaire serait signée par des autorités incompétentes, motif pris de ce qu'elle aurait dû émaner du seul ministre des Affaires étrangères chargé, en vertu de l'article 2 du décret de publication de l'avenant, de l'exécution dudit décret.

Le défaut de pertinence d'un tel moyen saute aux yeux. D'une part, il est facile de comprendre que si le décret de publication mentionne le ministre des Affaires étrangères ce n'est pas parce que celui-ci serait chargé de la mise en œuvre des stipulations mêmes de l'avenant, mais parce qu'il a pour fonction, en vertu du décret du 14 mars 1953, de pourvoir à la publication des accords internationaux. D'autre part et surtout, le moyen est nécessairement inopérant. De deux choses l'une, en effet: ou bien la circulaire se borne à commenter et à interpréter correctement les stipulations en vigueur, et elle ne fait pas grief; ou bien elle énonce des règles différentes de celles qui résultent des textes inter-

nationaux applicables, et elle est, dans cette mesure, illégale. Dans les deux cas, peu importe la qualité de ses signataires.

II. Nous pouvons donc passer à l'examen de l'argumentation spécifiquement développée par la requérante à l'encontre de la première disposition attaquée, qui nous conduira à aborder d'emblée la question majeure que soulève cette affaire.

Il s'agit de la disposition suivant laquelle «les membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial» s'entendent, notamment, des «enfants mineurs de dix-huit ans».

Selon la requérante, la précision résultant des mots «de dix-huit ans» serait illégale, car elle méconnaîtrait le sens et la portée de l'accord franco-algérien.

Dans sa rédaction résultant de l'avenant de 1985, que dit celui-ci?

Son article 7 *d* stipule que «les ressortissants algériens autorisés à séjourner en France au titre du regroupement familial, s'il rejoignent un ressortissant algérien lui-même titulaire d'un certificat de résidence d'un an, reçoivent un certificat de résidence de même durée de validité», cependant qu'il résulte de l'article 7 *bis d*) que «les membres de la famille d'un ressortissant algérien titulaire d'un certificat de résidence valable dix ans» reçoivent de plein droit un certificat de même durée. La notion de «membre de la famille» est précisée par le protocole annexé à l'avenant dans les termes suivants: «Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algé-

rienne.»

Selon la requérante, en mentionnant les «enfants mineurs», sans autre précision, le protocole vise nécessairement la minorité du droit civil algérien: moins de dix-neuf ans pour les jeunes gens, moins de vingt et un pour les jeunes filles. Selon les ministres défendeurs, au contraire, le protocole se réfère implicitement à la notion de minorité telle que la définit le droit civil français, et la circulaire est sur ce point irréfutable.

Votre deuxième sous-section, en présence de cette difficulté, a estimé opportun de communiquer la requête, dans le cadre de l'instruction du dossier, au ministre des Affaires étrangères, en appelant spécialement son attention sur la question d'interprétation ainsi soulevée. Ce ministre, par des observations produites le 10 avril 1990, a indiqué que la stipulation litigieuse devait s'entendre dans le sens que lui donne la circulaire attaquée, et non dans celui que lui attribue la requérante.

A s'en tenir à votre jurisprudence en matière d'interprétation des traités internationaux, la cause est entendue et les conclusions dirigées contre cette partie de la circulaire doivent être rejetées.

Vous jugez constamment que la juridiction administrative n'est pas compétente pour trancher elle-même une difficulté sérieuse d'interprétation, et qu'elle doit s'en remettre, lorsque la résolution d'une telle difficulté commande l'issue du litige dont elle est saisie à l'interprétation fournie par le ministre des Affaires étrangères.

Récemment encore, par exemple, dans une décision du 27 janvier 1989, *Beaumartin et autres* (Leb. p 35), vous avez fait application de

l'interprétation donnée par le Quai d'Orsay d'un accord franco-marocain de 1974, interprétation que vous aviez sollicitée par une décision avant dire droit du 17 septembre 1986. De même, un arrêt du 1<sup>er</sup> février 1989 (*Crts Guiehard*, non publié) se réfère, pour l'appliquer, à l'interprétation donnée par le ministre des Affaires étrangères des accords d'Evian de 1962. La rédaction de vos décisions montre sans doute possible que l'interprétation ministérielle n'est pas susceptible de discussion.

Il importe peu qu'en l'espèce cette interprétation ait été fournie dans le cadre d'observations produites au cours de l'instruction, et non à la suite d'une décision juridictionnelle renvoyant au ministre la question préjudicielle.

Contrairement à ce que soutient la requérante, cette circonstance n'est pas de nature, selon votre jurisprudence, à priver l'interprétation ainsi donnée de sa force obligatoire. Le formalisme est étranger à votre jurisprudence en la matière, comme d'ailleurs en toutes matières, et vous considérez que l'interprétation s'impose à vous quelle que soit la forme qu'elle revêt et la procédure selon laquelle elle a été recueillie, pourvu qu'il soit bien clair qu'elle exprime le point de vue officiel des autorités compétentes du ministère des Affaires étrangères.

Ainsi, non seulement vous acceptez de vous référer dans un litige à l'interprétation donnée par le ministre, sur le même point, à l'occasion d'une précédente affaire, sans procéder à un nouveau renvoi (par exemple 13 juillet 1963, *Dame Keim*, Leb. p. 464; 4 janvier 1964 *Coudino*, Leb. p. 4, ou encore 20

avril 1988, *Crts Chennine*, req. n° 69161), mais vous prenez en compte comme ayant force obligatoire une interprétation fournie par le ministre hors de tout renvoi préjudiciel, par exemple celle résultant d'une lettre adressée par le ministre des Affaires étrangères à un autre membre du gouvernement et versée au dossier (4 août 1926, *Amoudruz*, Leb. p. 846), dès lors, encore une fois, qu'elle indique sans équivoque la position du ministre.

Tel est le cas des observations produites dans la présente affaire par le ministre des Affaires étrangères, dont l'attention, nous l'avons dit, avait été spécialement attirée sur la question d'interprétation, qui sont signées par le directeur des affaires juridiques et prennent parti sans ambiguïté sur le point en discussion

On voit mal, d'ailleurs, à quoi pourrait bien servir un renvoi préjudiciel en forme juridictionnelle invitant le ministre à répondre à une question à laquelle il a déjà répondu.

Ainsi donc, il nous paraît certain que l'application de votre jurisprudence vous conduirait à vous incliner devant l'interprétation fournie par le Quai d'Orsay et vous dispenserait d'examiner plus avant l'argumentation de la requérante.

Mais faut-il maintenir cette jurisprudence?

C'est parce que la présente affaire conduit nécessairement, fût-ce implicitement, à répondre à cette question, que nous avons pensé qu'elle méritait d'être directement inscrite au rôle de votre Assemblée.

Il nous a paru en effet que le temps était venu, pour de multiples raisons, de réexaminer la solution traditionnelle et, pour vous livrer tout

de suite le fond de notre pensée, de la modifier.

III. Ce n'est pas que cette jurisprudence soit dépourvue de mérites, et il n'est certes pas dans notre intention de les sous-estimer.

A) Si l'on devait plaider pour elle on pourrait dire, d'une part, qu'elle est fort ancienne ce qui lui confère l'autorité qui s'attache aux solutions éprouvées, d'autre part, que ce n'est pas seulement la vôtre, enfin qu'elle repose sans nul doute sur des justifications non négligeables.

1. Elle est, d'abord, fort ancienne.

Il faut remonter loin dans le temps, et parcourir les plus anciens recueils de jurisprudence, pour en découvrir l'origine. C'est, à notre connaissance, dans un arrêt du 23 juillet 1823 (*Dame Vve Murat Comtesse de Lipona*, Leb. p. 545) que le Conseil d'Etat a pour la première fois posé en principe qu'il ne lui appartenait pas, dans l'exercice de ses fonctions contentieuses, d'interpréter les traités internationaux. La veuve du prince Murat revendiquait la propriété de l'hôtel de l'Élysée-Bourbon, à Paris, et contestait à cette fin l'interprétation faite par le gouvernement du traité de 1808 par lequel le prince avait cédé à Napoléon certains immeubles qu'il possédait en France. L'arrêt indique sobrement: «Considérant qu'il s'agit de l'application de l'acte diplomatique du 15 juillet 1808, et que les questions auxquelles peut donner lieu l'interprétation dudit acte ne peuvent être portées devant nous, en notre Conseil d'Etat, par la voie contentieuse.»

La même année, le Conseil d'Etat statuant comme tribunal des conflits a fait application du même principe aux tribunaux ordinaires, en sous-trayant à l'autorité judiciaire la con-

naissance d'un litige qui soulevait une question d'interprétation d'une convention diplomatique (6 août 1823, *Le corsaire «La représaille»*, Leb. p. 558).

Depuis lors, le principe d'incompétence n'a jamais été démenti par la jurisprudence administrative.

Sans doute des auteurs particulièrement attentifs ont-ils relevé un certain nombre d'arrêts qui, tout au long du siècle dernier et au début de celui-ci, ont fixé le sens de stipulations conventionnelles sur des points parfois délicats et sans se référer à aucune interprétation officielle: par exemple, 28 février 1913 *Compagnie des chemins de fer de l'Est* (Leb. p. 307), à propos de la convention de Rome de 1906 sur l'échange des colis postaux 14 décembre 1923, *Sieur Theophilatos* (Leb. p. 860), qui interprète la convention de Bruxelles de 1910 sur le sauvetage en mer; ou même, plus récemment, 31 janvier 1962, *Office parisien de compensation* (Leb. p. 75), à propos de l'accord commercial franco-soviétique de 1953.

Mais ces arrêts «hérétiques» doivent être considérés comme isolés, et ne sauraient mettre en cause la constance d'une jurisprudence solidement fixée en sens inverse.

Toutefois, cette jurisprudence a connu dans les années trente un *double infléchissement* dont il faut faire état.

Le premier concerne les conséquences à tirer de l'existence, dans un litige, d'une question d'interprétation. Pendant longtemps votre jurisprudence a considéré que cette seule circonstance justifiait soit le rejet pur et simple de la requête au motif qu'un tel litige n'était pas susceptible d'être porté devant le Con-

seil d'Etat statuant au contentieux, soit, en tout cas, le rejet du moyen touchant à l'interprétation du traité.

On trouve encore l'expression de cette jurisprudence dans une décision du 21 janvier 1927, *Commune de Lame* (Leb. p. 80). La commune contestait la décision du préfet des Basses-Pyrénées d'inscrire d'office à son budget le crédit nécessaire à la fourniture, aux habitants de la vallée espagnole voisine, de trois génisses dont la livraison annuelle était prévue, conformément à une coutume séculaire, par un traité franco-espagnol de 1856. Vous avez jugé que le litige mettait en cause le sens et la portée d'une convention diplomatique, qu'il ne vous appartenait donc pas d'en connaître, et avez rejeté la requête comme irrecevable.

Mais un tel raisonnement a été solennellement abandonné par une décision d'Assemblée du 3 juillet 1931, *Sieurs Karl et Toto Samé* (Leb. p. 722; S. 1932.III.129, concl. Etorri, note Rousseau). Il résulte de cette décision que, désormais, la présence d'une difficulté d'interprétation justifie non le rejet des prétentions du requérant mais, après sursis à statuer, le renvoi préjudiciel de la question ainsi soulevée au ministre des Affaires étrangères, dont la réponse s'imposera au juge.

Le second infléchissement jurisprudentiel est un tempérament à l'incompétence du juge et il résulte de la fameuse «théorie de l'acte clair». C'est un arrêt d'Assemblée du 1<sup>er</sup> juillet 1938, *Jabin-Dudognon*, Leb. p. 607, qui affirme pour la première fois l'absence de nécessité du renvoi préjudiciel lorsque le sens de la stipulation conventionnelle invoquée est clair, c'est-à-dire, selon la formule classique de Laferrière, qu'il

n'est pas «de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé». A vrai dire, le concept n'a pas été forgé spécialement pour l'interprétation des traités, et il trouvait application, depuis longtemps déjà, en matière d'interprétation des actes de droit privé, en vue d'atténuer l'obligation qu'a en principe le juge administratif de renvoyer à l'autorité judiciaire la question du sens et de la portée de tels actes.

De cette technique de l'acte clair vous avez fait depuis un demi-siècle, en matière d'engagements internationaux, un large usage sur lequel nous reviendrons tout à l'heure.

Nous nous bornerons à indiquer pour l'instant que dans son principe la théorie est indiscutablement fondée, car si le sens du texte est clair il n'y a pas matière à interprétation, s'il est vrai qu'interpréter c'est, comme l'écrit Robert, «rendre clair ce qui est obscur».

Telles sont les principales étapes de la formation de votre jurisprudence, dont nous aurons plus complètement cerné les contours en ajoutant les quelques précisions que voici.

En premier lieu, il va de soi que les règles que nous venons de rappeler, à la seule exception de la technique de l'acte clair, ne s'appliquent pas pour ce qui est de l'interprétation des normes communautaires, laquelle est gouvernée par les dispositions de l'article 177 du traité de Rome qui vous fait obligation de renvoyer toutes difficultés en la matière à la Cour de justice des communautés européennes. Le droit communautaire se trouve donc entièrement en dehors de la présente discussion.

En deuxième lieu, il vous est arrivé d'interroger le ministre des Affai-



res étrangères sur des questions qui ne touchaient pas à l'interprétation d'un engagement international, mais à des difficultés voisines.

Tel a été le cas, d'abord, lorsque vous avez eu un doute sur l'existence même d'un tel engagement ou, plus exactement, sur le point de savoir si un acte déterminé présentait ou non le caractère d'une convention internationale. C'est ainsi que par une décision *Sieurs Moraly et Sté «Maison Moraly»* (27 mars 1968, Leb. p. 205) vous avez demandé au ministre si les «déclarations gouvernementales du 19 mars 1962» dites «accords d'Évian» avaient le caractère de conventions internationales, question à laquelle il a été répondu par l'affirmative (31 janvier 1969, *Moraly*, Leb. p. 50).

Par ailleurs, c'est aussi au ministre des Affaires étrangères que vous vous êtes adressés pour savoir si la condition de réciprocité, à laquelle l'article 55 de la Constitution subordonne les effets juridiques des conventions internationales en droit interne, était réalisée à propos d'un engagement déterminé: Ass. 29 mai 1981, *Rekhou* (Leb. p. 219, R.D.P. 1981, p. 1707, concl. Jean-François Théry).

Dans ces deux hypothèses, vous avez estimé que, le ministre étant seul compétent pour trancher les difficultés ainsi soulevées, sa réponse s'imposait à vous, sans être susceptible de discussion par les parties.

Enfin, il y a lieu d'ajouter une ultime précision qui résulte aussi de l'examen de votre jurisprudence: à la différence des juridictions, les autorités administratives, quelles qu'elles soient, sont toujours compétentes pour interpréter les traités, même en cas de difficulté sérieuse. Non seule-

ment elles peuvent, mais elles doivent procéder elles-mêmes à l'interprétation nécessaire, sans pouvoir surseoir à statuer: 20 juin 1980, *Daou* (Leb. p. 280). Mais il est vrai que cette interprétation se fait sous le contrôle du juge qui, au besoin, renverra lui-même la question au ministre.

2. Cohérente, ancienne, solidement ancrée dans la tradition, la jurisprudence que nous venons d'exposer peut se réclamer d'un argument supplémentaire: ce n'est pas seulement la vôtre. C'est aussi, en partie, celle de la Cour de cassation, mais il faut ici apporter quelques nuances.

Comme il arrive souvent, la chambre criminelle et les chambres civiles ne paraissent pas tout à fait à l'unisson.

La première affirme de façon très générale l'incompétence des juridictions répressives pour interpréter les traités et leur obligation de renvoyer au ministre des Affaires étrangères les difficultés rencontrées à cet égard.

Par exemple un arrêt du 10 mai 1988 approuve la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris d'avoir renvoyé au ministre la question de savoir si l'article 33 de la convention de Genève de 1951, en interdisant l'expulsion et le refoulement d'un réfugié vers son pays d'origine, faisait aussi obstacle à son extradition au motif que «les conventions internationales sont des actes de haute administration qui ne peuvent être interprétés, s'il y a lieu, qu'entre les puissances entre lesquelles elles sont intervenues».

Les chambres civiles ont une jurisprudence plus nuancée, dont on trouve d'ailleurs aussi l'écho dans certains arrêts de la chambre criminelle.

Cette jurisprudence a connu une certaine évolution, au moins dans les formulations employées.

Les chambres civiles se sont longtemps appuyées sur la distinction entre les questions d'interprétation qui concernent des « conflits d'intérêt privés » et que les tribunaux peuvent trancher, et celles qui touchent à l'« ordre public international », qu'ils doivent renvoyer au ministre des Affaires étrangères (par exemple Cass. civ. 22 décembre 1931, S 1932.1.257, concl. Matter; ch. réunies 27 avril 1950, D. 1950.1.379). Dans les années soixante, la formule « questions touchant à l'ordre public international », est apparemment supplantée par celle de « questions de droit public international », mais on semble être revenu dans les arrêts les plus récents à la première formule. Mais surtout, depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation, abandonnant la formulation binaire précitée lui a substitué l'affirmation qu'*en principe* il appartient aux juges d'interpréter les traités, tout en assortissant ce principe d'une *exception* pour les questions touchant à l'ordre public international, exception elle même atténuée par l'application de la technique de l'acte clair (voyez, en dernier lieu, 1<sup>re</sup> ch. civ. 7 juin 1989, *Sté Cartours et autres* J.C.P. 1990.II.21448, note Reméry).

Ainsi, le principe d'incompétence consacré par votre jurisprudence paraît s'opposer à la compétence de principe affirmée par la jurisprudence civile.

En réalité, la notion de « questions touchant à l'ordre public international [ou au droit public international] » est indéfinie, essentiellement pragmatique et assez compréhensi-

ve. Elle englobe toute question susceptible d'avoir des répercussions sur les relations d'Etat à Etat, et permet au juge civil de s'abstenir de toute interprétation de nature à interférer dans la conduite des relations diplomatiques. Relève de cette catégorie, en particulier, l'interprétation des conventions relatives à l'entrée, au séjour et à l'emploi des étrangers en France (par exemple, Cass. civ. 14 juin 1955; Cass. civ. 23 octobre 1957), ou aux droits sociaux des étrangers (Cass. soc. 11 mars 1977, *C.P.A.M. de la Haute-Marne c/ Merghmi*).

Au total, on peut certainement affirmer que la différence entre la jurisprudence judiciaire et la vôtre est *plus apparente que réelle*.

3. Et cette communauté d'inspiration conduit à s'interroger sur *les motifs qui justifient le renvoi en interprétation* au ministre.

Au soutien de votre jurisprudence en la matière, on invoque habituellement un certain nombre d'arguments, d'ordre pratique, juridique et politique.

a) Sur le plan *pratique*, il est facile d'apercevoir que le juge n'est pas, pour interpréter les traités, placé dans une position aussi favorable que pour interpréter les lois. Les travaux préparatoires d'une convention internationale ne lui sont généralement pas disponibles, faute d'être publiés, et c'est le gouvernement qui détient les informations et les documents permettant d'élucider, sur tel point obscur, les intentions des rédacteurs. A quoi il faut ajouter que les différentes versions linguistiques d'un même accord, qui peuvent faire également foi, comportent parfois certaines nuances entre elles, dont le juge n'est pas le mieux placé

pour connaître l'existence et apprécier la portée.

b) Sur le plan *juridique*, plusieurs arguments sont invoqués.

D'abord, l'on soutient qu'un engagement international étant un acte bilatéral ou multilatéral il ne saurait faire l'objet d'une interprétation unilatérale par un organe de l'un des Etats signataires. La convention doit être uniformément interprétée et appliquée par tous les Etats qui sont liés par elle, et le renvoi préjudiciel serait la meilleure méthode pour garantir le respect du principe d'unité d'interprétation: il est évident, en effet, que le gouvernement est le mieux placé pour arrêter d'un commun accord avec l'autre ou les autres Etats parties l'interprétation unique qui s'imposera à tous.

Ensuite, l'interprétation d'une convention internationale par l'un quelconque des organes de l'Etat est de nature à engager la responsabilité internationale de celui-ci, si l'autre partie estime que cette interprétation n'est pas fidèle à la convention et qu'elle constitue ainsi un manquement aux obligations contractées. L'Etat ne saurait, sur le plan international, se prévaloir de ce que l'interprétation litigieuse a été donnée par un organe juridictionnel pour s'exonérer de sa responsabilité.

C'est ainsi, par exemple, que l'interprétation retenue par le Conseil d'Etat de la convention de Rome de 1906 sur l'échange des colis postaux dans la décision du 28 février 1913, *Cie des chemins de fer de l'Est*, précitée, a donné lieu à des protestations de la part des autres parties, et une sentence arbitrale a condamné l'application faite de cette convention par la France. En faveur du renvoi préjudiciel au ministre, on soutient

communément que cette technique est de nature sinon à supprimer, au moins à limiter les risques de semblables difficultés.

Enfin, votre jurisprudence sur l'interprétation ministérielle paraît cohérente avec votre théorie des «actes de gouvernement» qui, parce qu'ils sont indissociables de la conduite des relations internationales, ne sont pas susceptibles d'être discutés par la voie contentieuse.

Au nombre de ces actes vous avez rangé celui par lequel le ministre fait connaître l'interprétation qu'il convient de retenir d'une stipulation conventionnelle obscure ou ambiguë.

Vous avez en effet été saisi, par un requérant particulièrement audacieux et peut-être inconscient de son audace, d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la lettre par laquelle le ministre des Affaires étrangères avait répondu à la cour d'appel de Paris aux fins de lui donner l'interprétation d'un traité qui avait été sollicitée par cette juridiction à titre préjudiciel. Votre décision rejette les conclusions non point comme dirigées contre un acte non détachable d'une procédure judiciaire, mais au motif que l'interprétation ministérielle constitue un acte de gouvernement insusceptible de recours contentieux parce que, avez-vous dit, elle «se rattache aux relations internationales de la France» (14 janvier 1987, *Société Delmas-Vieljeux* Leb. p. 4).

Or, le propre des actes de gouvernement est de ne pouvoir être discutés ni par voie d'action ni par voie d'exception. Si l'interprétation ministérielle est bien un acte de gouvernement, il faut en déduire non seulement qu'elle ne peut pas faire l'objet d'un recours direct, mais

qu'elle n'est pas susceptible non plus d'être discutée par voie d'exception à l'occasion d'un litige déterminé: voilà qui justifie que cette interprétation s'impose au juge, une fois qu'elle a été fournie soit dans le cadre de l'instance considérée, soit à l'occasion d'une affaire antérieure, sans pouvoir être contestée par les parties.

c) Mais, au-delà des arguments d'ordre juridique, les principales justifications que l'on invoque en faveur de la compétence exclusive du ministre nous paraissent relever de ce qu'on pourrait appeler une certaine «*politique jurisprudentielle*».

Vous avez toujours été réticents à vous immiscer dans le domaine des relations internationales, soucieux que vous êtes de ne pas entraver l'action diplomatique du gouvernement. En témoigne, précisément, la théorie des «*actes de gouvernement*» à laquelle nous venons de faire allusion. Et telle est bien l'explication qu'un auteur aussi avisé que le président Odent donne de votre jurisprudence sur l'interprétation des traités, dans son *Cours de contentieux administratif* (pp. 185-187 et 397-398), comme le faisait avant lui Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (t. II, 1888, pp. 44-50). Tel est aussi le fondement, en fait, de la jurisprudence de la Cour de cassation. L'action diplomatique serait, par nature, étrangère à l'activité administrative, elle supposerait une entière liberté laissée au pouvoir exécutif, et devrait être soustraite, pour cette raison, à l'immixtion de tout organe juridictionnel.

Or, il est facile d'apercevoir qu'en fixant lui-même le sens et la portée d'un engagement international au-

quel la France est partie le juge pourrait, dans certains cas, entraver les initiatives diplomatiques du gouvernement, par exemple si une renégociation de l'engagement en cause est en cours, ou si, à la suite d'un contentieux international, le gouvernement trouve intérêt à défendre, à l'égard de ses partenaires, une interprétation différente de celle à laquelle parvient le juge.

B) On le voit, les arguments en faveur de votre jurisprudence bien établie ne manquent pas, et les justifications n'en sont pas négligeables.

Pourtant, nous allons vous proposer de l'abandonner: d'abord, parce que les arguments que nous venons d'exposer ne paraissent pas tous à l'abri de la critique, mais aussi parce que d'autres considérations, tirées de la place nouvelle et croissante des conventions internationales dans le contentieux administratif, de l'évolution de votre propre jurisprudence, des enseignements du droit comparé et des exigences du droit européen nous semblent militer puissamment dans le sens d'une jurisprudence nouvelle.

1. Tous les motifs que l'on invoque en faveur de l'interprétation ministérielle ne sont pas également convaincants.

Il en va ainsi de celui qui est tiré du caractère bilatéral ou multilatéral du texte à interpréter: il ne semble pas qu'en pratique, dans la majorité des cas, le ministre des Affaires étrangères se mette en rapport avec l'autre ou les autres Etats parties pour convenir d'une interprétation commune avant de répondre au juge, si bien que son interprétation, en fait, dans la plupart des cas, n'est pas moins unilatérale que celle à laquelle procéderait le juge lui-même.

Il en va de même de l'argument selon lequel le juge n'a pas directement accès aux travaux préparatoires.

D'une part, parce que cet argument ne vaut pas pour toutes les conventions. S'il est exact pour la plupart des accords bilatéraux, il ne l'est pas pour nombre de grandes conventions multilatérales, spécialement celles qui sont négociées dans le cadre des organisations internationales, dont les travaux préparatoires font l'objet d'une large publicité. L'argument est moins fondé encore pour ce qui est des conventions qui ont institué des organes chargés de veiller à leur respect par les Etats et qui développent une jurisprudence interprétative à laquelle les juridictions nationales ont parfaitement accès. Nous pensons notamment à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales, à propos de laquelle les organes de Strasbourg ont rendu de nombreuses décisions auxquelles il est possible de se référer. Pour interpréter cette Convention, il est plus utile de se reporter à cette jurisprudence qu'aux travaux préparatoires, qui sont d'ailleurs eux aussi largement disponibles.

C'est pourquoi, il y a une douzaine d'années déjà, dans ses conclusions sur l'affaire *Debout* (Sect. 27 octobre 1978, Leb. p. 395), Daniel Labetoulle conviait votre Section du contentieux à écarter, pour l'interprétation de ladite convention, ce qu'il appelait «cette mutilation de la fonction juridictionnelle que constitue toujours le renvoi pour interprétation au ministre». La décision rendue sur cette affaire ne fait en effet pas référence au caractère clair de la stipulation invoquée pour l'interpe-

ter, mais il est vrai qu'on ne saurait en tirer d'enseignement général puisque la plupart de vos décisions ultérieures ont repris, à propos de la même convention, la mention classique de la «clarté» des clauses à appliquer (voyez, en dernier lieu, une décision rendue la semaine dernière par vos sous-sections réunies qui déclare «claires» les dispositions de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'homme: 8 juin 1990, *Chardonneau*, req. n° 87195).

Mais même en ce qui concerne les accords bilatéraux que l'on qualifie parfois de «traités-lois», et pour lesquels il est exact que les travaux préparatoires, nécessaires à leur interprétation, ne sont connus que du gouvernement, l'argument tiré de cette circonstance nous paraît court: on comprend bien qu'en présence d'un tel accord le juge demande au ministre de l'éclairer en lui fournissant les éléments utiles relatifs au contexte de la négociation, à l'application de l'accord par les parties, et si possible les documents pertinents; on ne voit pas, pour autant, pourquoi l'interprétation du ministre devrait s'imposer au juge avec une force obligatoire.

Il reste, il est vrai, l'argument tiré de la nécessité de limiter les risques d'un engagement de la responsabilité internationale de l'Etat à la suite d'une interprétation erronée. Mais lui non plus ne nous convainc guère.

D'une part, on ne voit pas que l'interprétation juridictionnelle soit vouée, par nature, à être plus souvent erronée que l'interprétation ministérielle. Le juge, surtout s'il est éclairé par les observations du ministre, n'est pas inapte à mettre en oeuvre les techniques d'interpréta-

tion résultant des principes généraux du droit international public et rappelées par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui ne sont pas si éloignées de celles qui président à l'interprétation des lois internes: interprétation «suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but», sauf s'il est établi que les parties ont entendu conférer à un terme un sens particulier; recours subsidiaire aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles l'accord a été négocié et conclu, notamment lorsqu'une interprétation littérale conduirait à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable»; prise en compte de la pratique suivie dans l'application du traité et qui révélerait un accord des parties sur l'interprétation à retenir.

D'autre part, l'exercice des voies de recours doit permettre d'éviter qu'une interprétation discutable adoptée par une juridiction subordonnée n'acquière un caractère définitif.

2. Ainsi, les arguments traditionnels invoqués en faveur de la compétence exclusive du ministre ne sont pas irréprochables.

Mais, plus encore que la critique de ces arguments, c'est la prise en compte de considérations liées aux données contemporaines du contentieux administratif et au droit européen qui nous paraît devoir vous orienter vers une direction nouvelle.

En premier lieu, il n'est plus possible de raisonner aujourd'hui comme au temps où il était exceptionnel qu'un litige administratif soit justiciable de l'application d'une norme internationale. De plus en plus nom-

breux sont à présent les litiges qui sont soumis, en tout ou en partie, à l'emprise du droit international conventionnel. D'abord parce que ce droit conventionnel se développe rapidement et régit des matières de plus en plus variées. Ensuite parce que, depuis votre déjà fameuse décision du 20 octobre 1989, dans l'affaire *Nicolo*, la présence d'une législation interne postérieure à la stipulation conventionnelle invoquée et s'interposant entre celle-ci et l'acte administratif attaqué n'est plus de nature à faire obstacle à l'examen du moyen tiré de la norme internationale. Dès lors, vous serez amenés de plus en plus souvent à vous prononcer sur des questions d'application de stipulations conventionnelles, et il s'ensuivra que l'interprétation de celles-ci commandera, dans un nombre important d'affaires, l'issue du litige. Dans ces conditions, nous pensons que le maintien du principe de la compétence exclusive du ministre conduirait à vous dépouiller d'une part croissante de votre fonction juridictionnelle, et la «mutilation» dont parlait Daniel Labetoulle, critiquable dans son principe même, comme nous le dirons dans un instant, prendrait des proportions inacceptables: On ajoutera que jusqu'à la décision *Nicolo* l'interprétation ministérielle ne pouvait, en pratique et le plus souvent, commander que la réponse à donner à une question de légalité d'un acte administratif; désormais, l'interprétation d'une convention peut commander l'applicabilité, et presque la validité, d'une législation, et nous ne pensons pas que le pouvoir, que vous tenez de l'article 55 de la Constitution, d'écarter l'application d'une loi postérieure contraire à

une convention internationale, puisse être en quelque sorte délégué, même indirectement, à une autorité gouvernementale.

Une deuxième série de considérations peut être tirée de l'évolution progressive de votre jurisprudence relative à l'interprétation des traités, dont il faut bien admettre qu'elle a d'ores et déjà privé le principe toujours affirmé d'une partie importante de sa portée réelle.

Vous avez en effet largement invoqué le caractère «clair» des clauses conventionnelles pour vous dispenser de procéder à un renvoi préjudiciel, dans des cas où la clarté n'était pas le principal mérite de la disposition invoquée.

En pratique, ce n'est que très exceptionnellement que vous procédez à un tel renvoi, certainement sensibles à l'inconvénient qu'il y a à allonger les procédures. Bon an mal an, c'est moins d'une demi-douzaine de questions d'interprétation qui sont soumises chaque année au ministre des Affaires étrangères, émanant aussi bien, et à peu près à égalité, des juridictions judiciaires et administratives.

En revanche, innombrables sont vos décisions qui mentionnent la clarté du texte pour en indiquer le sens. On pourrait y voir le signe réconfortant que les conventions internationales sont clairement rédigées, mais vous savez par expérience que c'est loin d'être toujours le cas. En réalité, l'on peut affirmer que par le biais de la notion d'acte clair *vous exercez déjà un important pouvoir d'interprétation des traités* et que la compétence ministérielle est devenue, en fait, résiduelle.

Poussant jusqu'à son extrême limite la technique de l'acte clair,

vos formation de jugement a même, dans un affaire que vous examiniez en appel, déclaré «claire» la stipulation invoquée, pour lui donner un sens différent de celui que lui avait attribué le ministre des Affaires étrangères saisi à titre préjudiciel, dans le même litige et sur la même question, par les premiers juges (Ass. 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/ Peltier*, Leb. p. 128, concl. Massot).

Autant dire qu'en réalité le pas que nous vous proposons de franchir aujourd'hui n'engendrera aucun bouleversement de vos habitudes.

Mais nous pensons que vous ne devez pas seulement considérer votre propre jurisprudence; quelques incursions dans le droit comparé et le droit européen nous paraissent indispensables, et peuvent se révéler déterminantes.

En droit comparé, il est frappant de relever que la France est le seul pays, parmi tous ceux qui ont un système juridique comparable au nôtre, qui pratique la technique du renvoi préjudiciel au ministre en matière d'interprétation des traités.

Partout ailleurs, le juge est maître de l'interprétation; s'il peut sans doute consulter les autorités diplomatiques, et s'il le fait couramment, il n'est jamais lié par la réponse qui lui est fournie.

La solution s'applique dans l'ensemble des autres États membres de la Communauté européenne; il n'y est dérogé, dans certains d'entre eux, qu'en ce qui concerne la question de savoir si un étranger est protégé par le statut diplomatique, que les tribunaux italiens, par exemple, doivent renvoyer au ministre de la Justice qui décide de l'existence ou non de l'immunité de juridiction. Mais ce

n'est pas à proprement parler une question d'interprétation, et ce point particulier ne remet pas en cause la compétence très générale reconnue aux juges pour interpréter les traités.

On notera également que la Cour de justice des Communautés européennes se reconnaît compétente non seulement pour interpréter les traités communautaires, ce qui va de soi puisque la mission lui en est donnée par les traités eux-mêmes, mais aussi pour interpréter les accords conclus par les Communautés avec des Etats tiers (voyez en ce sens 30 avril 1974, *Haegeman*, Rec. p. 449; 30 novembre 1977, *Cayrol*, Rec. p. 2261).

Hors d'Europe, la solution est la même: aux Etats-Unis, les tribunaux interprètent les traités et, s'il leur arrive couramment de consulter le département d'Etat en cas de difficulté, ils ne sont jamais liés par son opinion.

Nous n'entendons certes pas soutenir que la jurisprudence française serait erronée du seul fait qu'elle paraît isolée. Mais ces comparaisons internationales permettent en tout cas, outre qu'elles forcent à la réflexion, de relativiser les arguments invoqués en faveur du renvoi au ministre: on ne sache pas qu'à l'étranger le pouvoir d'interprétation qu'exercent les tribunaux mette fréquemment le gouvernement dans des embarras diplomatiques.

Plus importante encore nous paraît être la prise en compte des exigences du droit européen, et plus précisément de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme, aux termes duquel «toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et

impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle».

Ce texte est expressément invoqué par la requérante pour vous convaincre de ne pas vous déclarer liés par l'interprétation du ministre des Affaires étrangères. Observons cependant qu'il est pour le moins douteux que le présent litige entre dans le champ d'application de l'article 6, eu égard à la jurisprudence des organes de Strasbourg eux-mêmes.

Néanmoins, vous ne pouvez pas négliger la question car vous savez, sur un plan général, qu'une partie du contentieux administratif ressortit au champ d'application de cet article, notamment certains recours indemnitaires (v. Cour européenne des Droits de l'homme 24 octobre 1989, *H. c/ France*, R.F.D.A. 1990, p. 203, note Dugrip et Sudre), et il est bien évidemment exclu que votre jurisprudence sur l'interprétation des traités diffère selon que le litige dont vous êtes saisis entre ou non dans le domaine de l'article 6.

Or, nous pensons que votre jurisprudence, en son état actuel, encourt de sérieuses critiques au regard de ces dispositions. Le droit à un «procès équitable» suppose, comme l'a jugé la Cour européenne des Droits de l'homme, que soit respectée «l'égalité des armes» entre les parties au procès (6 mai 1985, *Bonisch c/ Autriche*, série A n° 92), c'est-à-dire que l'une ne soit pas désavantagée par rapport à l'autre quant à sa possibilité de faire valoir ses prétentions devant le juge.

Cette égalité est rompue lorsque, par le biais de l'interprétation du



traité, c'est l'Etat défendeur qui possède la clé de la solution. C'est particulièrement flagrant lorsque l'administration défenderesse est celle des affaires étrangères. Il vous est ainsi arrivé, dans le passé, de renvoyer au Quai d'Orsay la question qui commandait la solution du litige dans lequel cette administration était partie: 1<sup>er</sup> octobre 1965, *Ministre des Affaires étrangères c/ Dame Lavielle* (Leb. p. 482); 10 décembre 1969 *Sieur Guérin* (Leb. p. 565). Même lorsque c'est un autre département ministériel qui est en cause, l'Etat n'en apparaît pas moins, dans l'hypothèse du renvoi, comme «juge et partie». Certes, il est arrivé au ministre des Affaires étrangères de répondre dans un sens défavorable aux intérêts de l'administration partie au litige. Mais nous n'avons pu recenser, au recueil de vos arrêts, que deux décisions faisant apparaître une telle situation: 25 octobre 1937, *Ministre des Finances c/ Société United States Line* (Leb. p. 856); 7 avril 1965, *Secrétaire d'Etat au Commerce intérieur c/ Sieur Hurri* (Leb. p. 225). A vrai dire, nous voyons mal comment il aurait pu en aller autrement: la solidarité gouvernementale et l'unité de l'Etat rendent, par définition, les cas de conflits exceptionnels.

Nous ajouterons que, même lorsque l'Etat n'est pas partie au litige, le renvoi préjudiciel au ministre nous paraît très discutable au regard de l'article 6 de la Convention. Ce texte garantit en effet le droit pour le demandeur d'obtenir une décision d'un juge, et il nous paraît donc faire obstacle, en tout état de cause, à ce que le juge abandonne son pouvoir de décision au profit d'une autorité non juridictionnelle, ce qui est le cas lorsqu'une question déterminante

pour l'issue du litige est renvoyée à une telle autorité

Vous devez être d'autant plus attentifs au respect des stipulations de la Convention européenne que celles-ci ne font, finalement, que confirmer les grands principes sur lesquels repose le droit public français et que vous avez contribué à dégager: le droit à l'exercice d'un recours juridictionnel, l'impartialité du juge, l'indépendance constitutionnelle de la juridiction administrative par rapport à l'autorité gouvernementale. Au regard de ces principes, la jurisprudence que nous venons —trop longuement— de discuter apparaît comme une survivance quelque peu anachronique.

Trois précisions s'imposent quant à la portée de la solution nouvelle que nous vous proposons d'adopter.

En premier lieu, il n'y a pas à distinguer, selon nous, entre les différentes catégories de conventions ou selon la nature des questions soulevées, comme le fait la Cour de cassation.

En deuxième lieu, il est bien évident que le juge pourra et devra consulter le ministre des Affaires étrangères chaque fois qu'une difficulté d'interprétation surgira à propos d'un engagement international. Peut-être même cette consultation deviendra-t-elle plus fréquente qu'à l'heure actuelle, puisqu'elle ne sera plus limitée par l'effet d'un usage extensif de la notion d'acte clair. Il va de soi, par ailleurs, qu'il ne sera pas utile qu'elle revête la forme d'une décision juridictionnelle avant dire droit, même si aucun principe ne l'interdit.

Enfin, la solution adoptée en matière d'interprétation nous paraît devoir être nécessairement en harmonie avec celle qui gouverne l'appréciation de la condition de réci-

procrité. Bien que cette dernière question ne se pose pas en l'espèce et que votre décision n'aura à prendre parti ni expressément ni implicitement sur le maintien de la jurisprudence *Rekhou*, nous pensons que, le moment venu, si vous nous suivez aujourd'hui, vous devrez remettre en cause la solution consacrée par votre arrêt de 1981, non pas en ce que le ministre des Affaires étrangères doit être consulté en cas de doute sérieux sur la réalisation de la condition de réciprocity — une telle consultation nous paraît plus nécessaire encore qu'en matière d'interprétation — mais en ce que la réponse donnée par le ministre possède un effet obligatoire à votre égard comme à celui des parties.

En définitive, nous vous proposons d'adopter des règles simples et uniformes: chaque fois que cela est nécessaire, le ministre doit être consulté; les indications fournies par lui doivent être soumises à la discussion contradictoire des parties; en toute hypothèse, le dernier mot doit rester au juge.

IV. Si vous nous avez suivi jusqu'à présent, vous devrez prendre parti sur le sens des termes d'«enfants mineurs» au sens de l'avenant de 1985, et nous voici donc revenus au cas d'espèce.

On peut hésiter.

Il n'est pas douteux qu'une interprétation strictement littérale va dans le sens de la thèse de la requérante.

Appliquée à des enfants algériens, la notion de «mineur» sans autre précision renvoie normalement au droit civil algérien.

La capacité d'un individu fait partie de son statut personnel, et selon les principes les mieux établis du droit international privé français le

statut personnel d'un étranger est gouverné par sa loi nationale et non par la loi française, même si l'étranger reside en France, et à plus forte raison s'il s'agit d'un candidat à l'admission. La jurisprudence civile est en ce sens depuis le début du siècle dernier, et c'est en vous inspirant de ces principes que vous avez admis que le droit au regroupement familial permettait à l'étranger polygame de faire venir auprès de lui toutes les personnes ayant à son égard la qualité d'épouses en vertu de la loi civile de son pays. Cette solution, consacrée à propos d'un Béninois par votre décision d'Assemblée du 11 juillet 1980, *Ministre de l'Intérieur c/Mme Montcho* (Leb. p. 315; I.C.P. 1981.II.19629, concl. Rougevin-Baville), a été également adoptée à propos d'un ressortissant algérien par le tribunal administratif d'Orléans, sur le fondement de l'accord de 1968, et conformément à l'interprétation ministérielle qui s'était référée aux règles du droit international privé français.

Aussi bien, d'ailleurs, observerait-on que les textes de droit interne qui régissent le regroupement familial prennent soin de préciser qu'il s'applique aux «enfants mineurs de dix-huit ans»: tel est le cas du décret du 29 avril 1976, et de l'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction résultant, sur ce point, de la loi du 17 juillet 1984, qui constituent le droit commun en la matière.

Dans le même sens, un autre argument pourrait être tiré de la comparaison du texte de l'avenant de 1985 avec les stipulations antérieurement applicables, résultant de l'accord de 1968. Ces dernières (art. 4, al. 1<sup>er</sup>) visaient expressément, au titre du

regroupement familial, «les enfants mineurs de moins de dix-huit ans ou à charge». Le rapprochement des deux textes renforce la thèse de la requérante.

Cependant nous ne vous proposons pas d'adopter l'interprétation qu'elle soutient, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, parce qu'une telle interprétation serait manifestement contraire aux objectifs qui étaient poursuivis par les négociateurs de l'avenant de 1985. Comme nous l'avons dit en commençant, cette négociation avait été ouverte en vue de mettre l'accord franco-algérien au niveau du droit commun des étrangers, qui était devenu plus favorable depuis 1984. Il s'agissait de rapprocher autant que possible le régime des Algériens du régime général, et non de l'en éloigner. On ne voit pas pourquoi les négociateurs auraient entendu modifier un élément du régime conventionnel qui se trouvait justement coïncider avec le droit commun, alors qu'aucune demande algérienne ne s'exprimait sur ce point.

On nous objectera sans doute que les auteurs de l'avenant ont modifié la formule antérieure, et qu'il doit bien y avoir une raison à cela. Nous en voyons deux. La première, c'est qu'entre 1968 et 1985 l'âge de la majorité civile avait été abaissé de vingt et un à dix-huit ans en France, et que les négociateurs ont peut-être pensé, ce en quoi ils ont commis une erreur juridique, que la précision de l'âge était devenue superfétatoire. L'erreur est certaine, mais l'intention des auteurs du texte doit à notre avis l'emporter.

La seconde raison tient à l'économie différente des deux dispositions successives.

Le texte de 1968 stipulait: «Le conjoint, les enfants mineurs de moins de dix-huit ans *ou à charge* qui s'établissent en France sont mis en possession d'un certificat de résidence de même validité que celui dont le chef de famille est titulaire.»

A l'expérience, la notion d'«enfant à charge» était apparue trop vague à la partie française. Aussi le texte de 1985 indique-t-il: «Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne». On voit que la précision de l'âge a été transférée du premier élément (enfants mineurs) au second (enfants à charge) et qu'il a pu apparaître aux rédacteurs, quoique la grammaire soit en sens contraire, comme étant en facteur commun.

Nous ajouterons que, si certaines conventions bilatérales ouvrent le regroupement familial à des enfants âgés de plus de dix-huit ans, c'est toujours en le stipulant expressément (par exemple convention franco-espagnole de 1961; franco-portugaise de 1977).

Enfin, dans le cadre de la commission mixte instituée par l'accord franco-algérien et chargée de suivre son application, on notera que, selon les indications du ministre des Affaires étrangères qu'il n'y a pas de raison de mettre en doute, la partie algérienne n'a jamais soulevé d'objection à l'interprétation par le gouvernement français, qu'elle n'a pu manquer de connaître, de la notion d'«enfants mineurs».

Toutes ces raisons nous conduisent à vous proposer de rejeter les

conclusions dirigées contre le passage de la circulaire relatif à cette question.

V. Nous serons plus bref sur les trois autres dispositions critiquées qui soulèvent moins de difficultés.

1. Il est soutenu qu'en indiquant que le certificat de résidence sollicité au titre de travailleur salarié pouvait être refusé pour un motif tiré de la situation de l'emploi dans les conditions prévues aux articles R. 341-1 à R. 341-7-2 du Code du Travail, les auteurs de la circulaire auraient méconnu le sens de l'avenant.

Sous l'empire de l'accord de 1968 dans sa version initiale, la situation de l'emploi n'était pas opposable aux Algériens titulaires de la carte délivrée par l'Office national algérien de la main-d'oeuvre, dans les limites du contingent annuel prévu à l'article 1<sup>er</sup> de l'accord, dès lors qu'ils étaient en mesure de produire un contrat de travail.

Au contraire, les Algériens non titulaires de cette carte pouvaient se voir opposer la situation de l'emploi (6 décembre 1985, *Bakhti*, Leb. p. 352).

L'avenant de 1985 supprime le système du contingent et la référence à une carte délivrée par l'autorité algérienne. Le nouvel article 7 *b)* qu'il introduit dans l'accord stipule que «les ressortissants algériens désireux d'exercer une activité professionnelle salariée reçoivent après le contrôle médical d'usage et sur présentation d'un contrat de travail visé [...] un certificat de résidence [...] portant la mention «salarié»; cette mention constitue l'autorisation de travail exigée par la législation française».

A l'évidence, l'intention des auteurs a été d'aligner, sur ce point,

le régime des Algériens sur le régime général et, notamment, par suite de la suppression du mécanisme du contingentement, de leur rendre opposable la situation de l'emploi. En renvoyant aux dispositions pertinentes du Code du Travail, la circulaire ne méconnaît donc pas le sens de l'avenant. Sans doute avez-vous jugé que les stipulations de l'accord franco-algérien régissent «*d'une manière complète* les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et à y exercer une activité professionnelle» (25 mai 1988, *Ministre de l'Intérieur c/ Ziani*, Leb. p. 206). Mais ce principe doit évidemment être écarté lorsque c'est l'accord lui-même qui renvoie à la législation française, comme en l'espèce.

2. La requérante conteste, en outre, deux autres dispositions de la circulaire qui ont pour objet commun d'indiquer que le certificat de résidence peut être refusé si la présence en France du demandeur constitue une menace pour l'ordre public.

Selon elle, les auteurs de la circulaire ont ajouté au texte de l'accord une condition qui ne s'y trouve pas.

Mais vous avez déjà jugé depuis longtemps que, même si aucun texte ne le prévoit expressément, l'administration peut toujours, en vertu de ses pouvoirs généraux, refuser l'admission sur le territoire pour un motif d'ordre public (Sect. 21 novembre 1952, *Marcon* Leb. p. 524), et cette jurisprudence a été récemment transposée en matière de refus de délivrance de certificats de résidence aux ressortissants algériens (27 mai 1988, *Ali Zeghib*, req. n° 82229). Les conclusions sur ce point doivent donc être rejetées.

3. En revanche, nous vous proposerons de faire droit aux conclusions dirigées contre le passage de la circulaire relatif aux conditions dans lesquelles les Algériens titulaires d'un certificat de résidence en qualité d'étudiants peuvent être admis à occuper un emploi salarié à temps partiel ou pendant les périodes de vacances.

La disposition attaquée indique que cette admission est subordonnée à l'octroi d'une autorisation provisoire de travail délivrée notamment compte tenu de la situation de l'emploi, et déclare abrogée une précédente circulaire de 1979 selon laquelle dans une telle hypothèse la situation de l'emploi n'était pas opposable à l'intéressé.

La circulaire méconnaît sur ce point l'article 7 de la «déclaration de principes relative à la coopération économique et financière» qui fait partie des «déclarations gouvernementales du 19 mars 1962», dites accords d'Evian, aux termes duquel «les ressortissants algériens résidant en France, et notamment les travailleurs, auront les mêmes droits que les nationaux français, à l'exception des droits politiques». Cette disposition ne règle pas l'admission au séjour; mais elle implique qu'une fois admis à résider régulièrement en France l'Algérien doit bénéficier, sauf en matière politique, des mêmes droits que les nationaux, pour autant qu'il n'ait pas été dérogé à ce principe d'assimilation par les stipulations conventionnelles de 1968 et 1985. C'est en se fondant sur cette disposition que le ministre chargé du travail avait, par sa circulaire de 1979, indiqué que les étudiants algériens pouvaient accéder à un emploi salarié sans que la «situation de l'emploi» leur fût opposable. C'est bien en vain que l'on chercherait dans l'avenant de 1985 une quelconque disposition tou-

chant au travail des étudiants, et le changement de doctrine de l'administration qu'exprime la circulaire attaquée ne se justifie pas par une modification des textes. L'argumentation, sur ce point, des ministres défenseurs est faible et plutôt embarrassée.

Peut-être s'agit-il d'une lacune de l'accord franco-algérien, mais il n'appartenait pas aux auteurs de la circulaire de la combler.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons:

1. à l'annulation du 24<sup>e</sup> alinéa du paragraphe 2.2.1.2. de la circulaire attaquée relatif au travail des étudiant algériens;
2. au rejet du surplus des conclusions de la requête.

#### Arrêt

Vu la requête, enregistrée le 14 mai 1986 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour le Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés — G.I.S.T.I.—, dont le siège est 46, rue de Montreuil à Paris (75011), représenté par son président, et tendant à ce que le Conseil d'Etat annule la circulaire du ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation et du ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale en date du 14 mars 1986 relative aux conditions de circulation, d'emploi et de séjour en France des ressortissants algériens et de leur famille,

.....  
*Sur les conclusions tendant à l'annulation des 7<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> alinéas du paragraphe 2.2.1.2. de la circulaire du 14 mars 1986*

Considérant que si l'article 7 de la déclaration de principes relative à la

coopération économique et financière entre la France et l'Algérie du 19 mars 1962 reconnaît aux ressortissants algériens résidant en France les mêmes droits qu'aux nationaux français à l'exception des droits politiques, les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants algériens en France sont régies par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 et les conventions qui l'ont modifié; qu'aux termes de l'article 7 *b*) dudit accord dans la rédaction issue de son premier avenant du 22 décembre 1985: «Les ressortissants algériens désireux d'exercer une activité professionnelle salariée reçoivent après le contrôle médical d'usage et sur présentation d'un contrat de travail visé par les services du ministre chargé des travailleurs immigrés un certificat de résidence valable un an pour toutes professions et toutes régions, renouvelable et portant la mention «salarié»; cette mention constitue l'autorisation de travail exigée par la législation française»; qu'en précisant que, pour l'application de cette disposition, l'autorisation de travail serait délivrée selon les instructions applicables aux étrangers relevant du régime général et en tenant compte notamment comme le prévoit l'article R. 341-4 du Code du Travail, de la situation de l'emploi, les auteurs de la circulaire attaquée se sont bornés à interpréter exactement les stipulations de l'accord; que, les dispositions critiquées de la circulaire étant ainsi dépourvues de caractère réglementaire, le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés n'est pas recevable à en demander l'annulation;

*Sur les conclusions tendant à l'annulation du 24<sup>e</sup> alinéa du paragraphe 2.2.1.2. relatif aux*

*autorisations provisoires de travail accordées aux étudiants algériens*

Considérant que le protocole annexé au premier avenant à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 ne comporte, en ce qui concerne les ressortissants algériens admis à séjourner en France comme étudiants, aucune stipulation qui, lorsqu'ils entendent exercer une activité salariée à titre accessoire, en même temps qu'ils poursuivent leurs études, subordonne l'exercice de cette activité à l'autorisation de travail exigée par la législation française; qu'en prévoyant que les étudiants algériens voulant travailler seraient soumis à un régime comportant des autorisations provisoires de travail délivrées dans les conditions fixées par les circulaires des 24 février 1976 et 1<sup>er</sup> août 1985, lesquelles disposent qu'il sera tenu compte notamment de la situation de l'emploi et en abrogeant sur ce point la circulaire du 12 mars 1979 qui constatait qu'ils étaient dispensés d'une telle autorisation par l'article 7 de la déclaration de principes du 19 mars 1962, la circulaire a édicté une règle contraire aux conventions internationales applicables aux intéressés; que le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés est, par suite, recevable et fondé à en demander l'annulation sur ce point;

*Sur les conditions tendant à l'annulation des dispositions du premier alinéa du paragraphe 3.1.1. en tant qu'elles incluent, parmi les membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial, les «enfants mineurs de dix-huit ans»*

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 4 de l'ac-

cord franco-algérien du 27 décembre 1968, dans la rédaction résultant du premier avenant audit accord: «Les membres de la famille qui s'établissent en France sont mis en possession d'un certificat de résidence de même durée de validité que celui de la personne qu'ils rejoignent»; qu'aux termes du premier alinéa du titre II du protocole annexé audit avenant: «Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne»; qu'il ressort des pièces du dossier que les auteurs dudit avenant et du protocole annexé n'ont pas entendu modifier les stipulations antérieurement en vigueur de l'accord du 27 décembre 1968 qui s'appliquaient au conjoint et aux enfants mineurs de moins de dix-huit ans; que, par suite, en indiquant qu'il fallait entendre par enfants mineurs les enfants mineurs de dix-huit ans, et non ceux de dix-neuf et vingt et un ans conformément au droit algérien, les auteurs de la circulaire attaquée se sont bornés à interpréter exactement les termes de la convention franco-algérienne; que la circulaire est donc sur ce point dépourvue de caractère réglementaire; que le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés n'est, par suite, pas recevable à en demander l'annulation;

*Sur les conclusions tendant à l'annulation des dispositions du troisième alinéa du paragraphe 2.2.1.1. et de l'avant-dernier alinéa du paragraphe 2.2.4. de la circulaire attaquée relatives au refus de délivrance d'un certificat de*

*résidence d'un an ou un certificat de résidence de dix ans si la présence en France de l'intéressé constitue une menace pour l'ordre public*

Considerant qu'aucune disposition de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié par le premier avenant et le protocole du 22 décembre 1985 ne prive l'administration française du pouvoir qui lui appartient, en application de la réglementation générale relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, de refuser l'admission au séjour d'un ressortissant algérien en se fondant sur la circonstance que sa présence en France constitue une menace pour l'ordre public; qu'ainsi, et alors même que l'accord susmentionné ne prévoyait pas une telle possibilité, les auteurs de la circulaire attaquée n'ont édicté sur ce point aucune règle nouvelle dont le Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés serait recevable à contester la légalité;

*Sur les autres dispositions de la circulaire attaquée*

Considérant que, si l'association requérante soutient que l'ensemble de la circulaire devrait être annulé en raison de l'incompétence des ministres signataires, elle ne précise pas les dispositions de ladite circulaire, autres que celles précédemment analysées, qui auraient un caractère réglementaire; qu'elle n'est par suite pas recevable à demander cette annulation;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: Le 24<sup>e</sup> alinéa du paragraphe 2.2.1.2. de la circulaire en date du 14 mars 1986 du ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation

et du ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale, relatif à la délivrance d'autorisations provisoires de travail aux étudiants algériens, est annulé.

Art. 2: Le surplus des conclusions de la requête du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés —G.I.S.T.I.— est rejeté.

**Conseil d'Etat, Assemblée.—3 février 1989. (MM. Hagelsteen, rapp.; M. Chahid-Nourait, c. du g.; Me Ryziger, av.) Aff.: Compagnie Alitalia.—Req. n° 74052**

Vu la requête, enregistrée le 11 décembre 1985 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par la compagnie Alitalia, société par actions de droit italien ayant son siège à Rome (Italie), palazzo Alitalia, et tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet du Premier ministre, résultant du silence gardé sur sa demande en date du 2 août 1985 tendant au retrait ou à l'abrogation de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967 codifié sous l'article 230 de l'annexe II du Code général des Impôts et du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979, et plus particulièrement de ses articles 25 et 26 codifiés sous les articles 236 et 238 de l'annexe II au Code général des Impôts;

.....

Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date; qu'en se fondant sur les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 concernant les relations

entre l'administration et les usagers, qui s'inspirent de ce principe, la compagnie Alitalia a demandé le 2 août 1985 au Premier ministre d'abroger l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967, codifié à l'article 230 de l'annexe II au Code général des Impôts, et les articles 25 et 26 du décret n° 79-1163 du 29 septembre 1979, codifiés aux articles 236 et 238 de l'annexe II au Code général des Impôts, au motif que leurs dispositions, pour le premier, ne seraient plus, en tout ou partie, compatibles avec les objectifs définis par la sixième directive du Conseil des Communautés européennes et, pour les seconds, seraient contraires à ces objectifs; que, le Premier ministre n'ayant pas répondu à cette demande dans le délai de quatre mois, il en est résulté une décision implicite de rejet; que la compagnie Alitalia a contesté pour excès de pouvoir dans le délai du recours contentieux;

Considérant qu'il ressort clairement des stipulations de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que les directives du Conseil des Communautés économiques européennes lient les Etats membres «quant au résultat à atteindre»; que si, pour atteindre ce résultat, les autorités nationales qui sont tenues d'adapter



leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution de ces directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire leurs effets en droit interne, ces autorités ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs;

Considérant que, si les dispositions de l'article 230 de l'annexe II au Code général des Impôts comme celles des articles 236 et 238 de la même annexe ont été édictées sur le fondement de l'article 273, paragraphe I, du Code général des Impôts issu de la loi du 6 janvier 1966, la demande de la compagnie Alitalia n'a pas pour objet, contrairement à ce que soutient le Premier ministre, de soumettre au juge administratif l'examen de la conformité d'une loi nationale aux objectifs contenus dans une directive mais tend seulement à faire contrôler par ce juge la compatibilité avec ces objectifs des décisions prises par le pouvoir réglementaire, sur le fondement d'une habilitation législative, pour faire produire à ladite directive ses effets en droit interne;

Considérant, d'une part, que l'article 1<sup>er</sup> de la sixième directive adoptée par le Conseil des Communautés européennes le 17 mai 1977 et concernant l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires fixait comme objectif aux Etats

membres de prendre avant le 1<sup>er</sup> janvier 1978 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour adapter leur régime de taxe sur la valeur ajoutée aux dispositions figurant dans cette directive; que la neuvième directive du 26 juin 1978 a repoussé au 1<sup>er</sup> janvier 1979 le délai ainsi imparti;

Considérant, d'autre part, que l'article 17, paragraphe 2, de la sixième directive précitée prévoit la déduction par l'assujetti de la taxe ayant grevé les biens et les services utilisés par lui «dans la mesure» où ils le sont «pour les besoins de ses opérations taxées»; qu'il résulte de cette disposition que la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée payée en amont par un assujetti concerne la taxe due ou acquittée pour les biens qui lui ont été livrés et les services qui lui ont été rendus dans le cadre de ses activités professionnelles;

Considérant, enfin, que l'article 17, paragraphe 6, de la même directive dispose qu'«au plus tard avant l'expiration d'une période de quatre ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente directive le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, déterminera les dépenses n'ouvrant pas droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée. En tout état de cause, seront exclues du droit à déduction les dépenses n'ayant pas un caractère strictement professionnel, telles que les dépenses de luxe, de divertissement ou de représentation. Jusqu'à l'entrée en vigueur des règles visées ci-dessus, les Etats membres peuvent maintenir toutes les exclusions prévues par leur législation nationale au moment de l'entrée en vigueur de la présente direc-

tive»; qu'il résulte clairement de ces dispositions, d'une part, qu'elles visent les exclusions du droit à déduction particulières à certaines catégories de biens, de services ou d'entreprises et non pas les règles applicables à la définition même des conditions générales d'exercice du droit à déduction et, d'autre part, qu'elles fixent comme objectif aux autorités nationales de ne pas étendre, à compter de l'entrée en vigueur de la directive, le champ des exclusions du droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée prévues par les textes nationaux applicables à cette date;

*Sur la légalité de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 67-604 du 27 juillet 1967 codifié à l'article 230, paragraphe 1, de l'annexe II au Code général des Impôts*

Considérant que l'article 271, paragraphe I, du Code général des Impôts issu des dispositions de la loi du 6 janvier 1966 prévoit que «la taxe sur la valeur ajoutée qui a grevé les éléments du prix d'une opération imposable est déductible de la taxe sur la valeur ajoutée applicable à cette opération»; que l'article 273 du même code, issu des dispositions de la même loi, dispose que «1. des décrets en Conseil d'Etat déterminent les conditions d'application de l'article 271 [...]; 2. ces décrets peuvent édicter des exclusions ou des restrictions et définir des règles particulières soit pour certains biens ou services, soit pour certaines catégories d'entreprises»; que l'article 230, paragraphe 1, de l'annexe II au Code général des Impôts, issu de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 27 juillet 1967 pris sur le fonde-

ment de ces dispositions, a prévu que «la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les biens et services que les assujettis à cette taxe acquièrent ou qu'ils se livrent à eux-mêmes n'est déductible que si ces biens et services sont nécessaires à l'exploitation et sont affectés de façon exclusive à celle-ci»; que les dispositions précitées de l'article 17, paragraphe II, de la sixième directive prévoient, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la déduction par l'assujetti de la taxe ayant grevé les biens et les services utilisés par lui «dans la mesure» où ils le sont «pour les besoins de ses opérations taxées»; qu'il suit de là que la première condition de déductibilité figurant à l'article 230, paragraphe 1, de l'annexe II précitée et tenant au caractère nécessaire à l'exploitation des biens et des services concernés n'est pas incompatible avec l'objectif fixé sur ce point par la sixième directive et n'est donc pas devenue illégale à la date limite définie ci-dessus; qu'en revanche la deuxième condition posée par l'article 230, paragraphe 1, de l'annexe II, et tenant à l'affectation exclusive à l'exploitation des biens et des services pouvant ouvrir droit à déduction n'est pas compatible avec l'objectif défini par la sixième directive dans la mesure où elle exclut de tout droit à déduction les biens et les services qui font l'objet d'une affectation seulement partielle à l'exploitation alors même que ces biens et services sont utilisés pour les besoins des opérations taxées; que, dans cette mesure, les dispositions de l'article 230, paragraphe 1, de l'annexe II sont devenues illégales et que la compagnie requérante était fondée à en demander l'abrogation;

*Sur la légalité de l'article 25 du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979, codifié à l'article 236 de l'annexe II au Code général des Impôts*

Considérant que, sur le fondement des dispositions déjà citées de l'article 273 du Code général des Impôts, issues de la loi du 6 janvier 1966, le gouvernement a pris le 29 décembre 1979 un décret modifiant l'annexe II au Code général des Impôts en ce qui concerne le droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée, que l'article 25 de ce décret, codifié à l'article 236 de l'annexe II au Code général des Impôts, qui exclut du droit à déduction certains biens ou services «tels que le logement ou l'hébergement, les frais de réception, de restaurant, de spectacles ou toute dépense ayant un lien direct ou indirect avec les déplacements ou la résidence», s'il reprend les dispositions figurant précédemment aux articles 7 et 11 du décret du 27 juillet 1967 qui concernaient les dirigeants et le personnel de l'entreprise, étend les exclusions du droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée aux «biens et services utilisés par des tiers» à l'entreprise; que, dans cette mesure, ledit article méconnaît l'objectif de non-extension des exclusions existantes, défini à l'article 17, paragraphe 6, précité de la sixième directive, et est entaché d'illégalité;

*Sur la légalité de l'article 26 du décret n° 79-1163 du 29 décembre 1979 codifié à l'article 238 de l'annexe II au Code général des Impôts*

Considérant que les dispositions de l'article 238 de l'annexe II au

Code général des Impôts, telles qu'elles résultent de l'article 26 du décret du 29 décembre 1979, et qui excluent du droit à déduction les biens cédés et les services rendus «sans rémunération ou moyennant une rémunération très inférieure à leur prix normal» ne se sont pas bornées à regrouper et à reprendre sous une rédaction différente les dispositions figurant antérieurement à l'article 10 du décret du 27 juillet 1967, mais ont aligné pour les services les conditions d'exclusion du droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée sur celles, plus extensives, qui étaient prévues antérieurement pour certains biens, objets ou denrées, en supprimant le critère de libéralité, c'est-à-dire de non-conformité aux intérêts de l'entreprise auquel était précédemment subordonnée pour les services l'exclusion du droit à déduction; qu'ainsi, le champ des exclusions du droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée s'est trouvé étendu en ce qui concerne les services par cette disposition, contrairement à l'objectif de non-extension des exclusions existantes défini à l'article 17, paragraphe 6, précité de la sixième directive; que la disposition attaquée est par suite, dans cette mesure, illégale;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le Premier ministre a illégalement refusé dans les limites cidessus précisées de déférer à la demande de la compagnie Alitalia tendant à l'abrogation de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 27 juillet 1967 et des articles 25 et 26 du décret du 29 décembre 1979;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: La décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande

présentée par la compagnie Alitalia est annulée en tant que cette décision refuse l'abrogation:

— de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 27 juillet 1967 en ce qu'il exclut tout droit à déduction de la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les biens et services qui ont fait l'objet d'une affectation seulement partielle à l'exploitation;

— de l'article 25 du décret du 29

décembre 1979, en ce qu'il exclut le droit à déduction de la taxe ayant grevé tous les biens et les services utilisés par des tiers;

— de l'article 26 du même décret en ce qu'il applique aux services des conditions plus restrictives de droit à déduction prévues antérieurement pour les biens.

Art. 2: Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

**Conseil d'Etat, Assemblée.—20 octobre 1989.** (MM. de Montgolfier, rapp.; Frydman, c. du g.; S.C.P. de Chaisemartin, av.). **Aff.: M. Nicolo.—Req. n° 108243**

Vu la requête enregistrée le 27 juin 1989 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Raoul Georges Nicolo, demeurant 26, avenue de Joinville à Nogent-sur-Marne (94130), et tendant à l'annulation des opérations électorales qui se sont déroulées le 18 juin 1989 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen;

.....

*Sur les conclusions de la requête de M. Nicolo*

Considérant qu'aux termes de l'article 4 de la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes «le territoire de la République forme une circonscription unique» pour l'élection des représentants français au Parlement européen; qu'en vertu de cette disposition législative, combinée avec celles des articles 2 et 72 de la Constitution du 4 octobre 1958, desquelles il résulte que les départements et territoires d'outre-

mer font partie intégrante de la République française, lesdits départements et territoires sont nécessairement inclus dans la circonscription unique à l'intérieur de laquelle il est procédé à l'élection des représentants au Parlement européen;

Considérant qu'aux termes de l'article 227-1 du traité en date du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne «le présent traité s'applique [...] à la République française», que les règles ci-dessus rappelées, définies par la loi du 7 juillet 1977, ne sont pas incompatibles avec les stipulations claires de l'article 227-1 précité du traité de Rome;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les personnes ayant, en vertu des dispositions du chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> du Code électoral, la qualité d'électeur dans les départements et territoires d'outre-mer ont aussi cette qualité pour l'élection des représentants au Parlement européen; qu'elles sont également éligibles, en vertu des dispositions de l'article L. 0-127 du Code électoral, rendu applicable à

l'élection au Parlement européen par l'article 5 de la loi sus-visée du 7 juillet 1977, que, par suite, M. Nicolo n'est fondé à soutenir ni que la participation des citoyens français des départements et des territoires d'outre-mer à l'élection des représentants au Parlement européen, ni que la présence de certains d'entre eux sur des listes de candidats auraient vicié ladite élection; que, dès lors, sa requête doit être rejetée;

*Sur les conclusions du ministre des départements et des*

*territoires d'outre-mer tendant à ce que le Conseil d'Etat inflige une amende pour recours abusif à M. Nicolo*

Considérant que des conclusions ayant un tel objet ne sont pas recevables;

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: La requête de M. Nicolo et les conclusions du ministre des Départements et des Territoires d'outre-mer tendant à ce qu'une amende pour recours abusif lui soit infligée, sont rejetées.