

Section du Contentieux

Séance du 4 novembre 2011

Lecture du 16 novembre 2011

CONCLUSIONS

M. Damien BOTTEGHI, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Botteghi en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

Les commentateurs de votre jurisprudence, se penchant sur « dix ans d'urgences » (AJDA 2011 p. 1329, chron. X. Domino, A. Bretonneau), ont récemment constaté que l'anniversaire des dix ans des procédures de référé¹ était passé inaperçu. En comparaison, la première bougie du nouveau-né, la question prioritaire de constitutionnalité, a été fêtée de tous côtés. 10 ans, pourtant, c'est la porte de l'adolescence, l'âge des changements et des hésitations. Ce n'est pas un mauvais moment pour que votre formation s'arrête sur le chemin parcouru. D'autant moins que, comme le remarquait également la chronique, peu de formations supérieures se sont penchées sur le référé depuis le temps glorieux des débuts, marqué par les affaires *Confédération nationale des radios libres* (Section, 19 janvier 2001, n° 228815, p. 29, AJDA 2001. 150, chron. M. Guyomar et P. Collin, GACA, 2è éd., n° 11 ; RFDA 2011. 378, ccl. L. Touvet) et *Commune de Venelles et M...* (Sect., 18 janvier 2001, n° 229247, au R p. 18., ccl. L. Touvet).

L'affaire qui vous est soumise aujourd'hui présente le double intérêt de vous permettre de préciser le champ tant du référé mesures utiles, de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, que celui du référé liberté, de l'article L. 521-2. Vous avez veillé à l'émancipation du premier dans les deux dernières affaires de Section (Section, 6 février 2004, *M...*, n° 256719, R. p. 45, RFDA 2004, p. 1170, ccl. J-H Stahl ; Section, 18 juillet 2006, *E... L...*, n° 283474, au R. p. 369, ccl. D. Chauvaux). Le second, en revanche, a grandi d'une manière plus spontanée. Le mouvement jurisprudentiel a progressivement déplacé le curseur, passant des libertés classiques aux droits-créances et de la censure de l'action liberticide à la prise en charge de l'abstention administrative. Il vous revient aujourd'hui de réfléchir à cette direction.

Vous le ferez à l'occasion d'un accident de travaux publics.

¹ La loi du 30 juin 2000 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

Vous n'ignorez sûrement pas les travaux en cours pour redonner au « ventre de Paris » le charme qu'il avait perdu depuis quelques décennies. Cet ambitieux projet requiert la démolition des pavillons dits de Willerval du « Forum des Halles », à l'aplomb du magasin Hennes & Moritz (H&M). Ces travaux nécessitent notamment la reprise de l'étanchéité de la dalle de béton servant de couverture au centre commercial. Pour accéder à celle-ci, il faut enlever le renformis – aussi appelé recharge –, soit une couche de béton simple servant à niveler le terrain. Sa destruction peut se faire soit au marteau piqueur, soit au brise roche hydraulique (BRH), un engin monté sur un bras articulé. C'est en utilisant ce dernier que s'est produit, le 20 septembre 2011, un incident grave. La dalle a été perforée en quatre endroits au-dessus du magasin H&M, provoquant la chute, à une hauteur d'environ 3,50 m, de morceaux de béton de plusieurs dizaines de kilos – touchant le rayon « jeune garçon » et une zone réservée au personnel.

Le jour-même, le chantier fut arrêté et des dispositions furent engagées par la société chargée de la démolition avec l'accord du maître d'ouvrage, la Ville de Paris, et du maître d'ouvrage délégué, la Société d'économie mixte parisienne (SEM). Une concertation et plusieurs réunions s'ensuivirent jusqu'à ce que, le 29 septembre 2011, la reprise des travaux soit fixée au 3 octobre. Mais H&M ne s'est pas satisfaite des mesures envisagées, craignant encore pour la sécurité de ses clients et de son personnel. Elle a saisi le JRTA de Paris d'une action contre le maître d'ouvrage et son délégué qui ont bien, malgré ce qu'ils affirment, des responsabilités propres au titre de la loi du 12 juillet 1985. La société a, sur le fondement de l'article L. 521-2, invoqué la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre et le droit à la sécurité publique. C'est en se fondant sur cette dernière que le juge des référés a ordonné « *devant le risque de conséquences gravissimes en cas de répétition de tels incidents* » trois mesures sous 72 h : la suspension des travaux ; des réparations urgentes ; la désignation d'un bureau d'études ou d'un sachant pour une mission permanente de vérification et d'intervention pendant les travaux de démolition.

Vous êtes saisis en appel de ce litige, renvoyé devant votre formation.

Il résulte tant de l'audience de référé que des dernières productions des parties que les travaux de démolition du renformis au-dessus du magasin H&M – qui n'a pas fermé – n'ont toujours pas repris et que, s'il y a eu des réparations provisoires pour éviter toute circulation d'air ou d'eau par ces percements, la réparation de la dalle n'est pas encore définitive. La situation est donc figée dans l'attente de votre décision. Mais la méthodologie de réparation a été approuvée. Une réunion tenue mercredi dernier en présence de l'expert désigné par le TA de Paris a validé le protocole, pour une mise en œuvre à compter du 7 novembre. Cependant, il n'a pas été procédé à la désignation d'un bureau d'études ou d'un sachant chargé de suivre la reprise des travaux. La société H&M souhaite que ce soit un bureau de contrôle comme le bureau de contrôle technique. La mairie et la SEM considèrent que ce n'est pas son travail, notamment en raison de contraintes juridiques : c'est celui du maître d'œuvre et à l'ingénieur conseil. Elles considèrent aussi que l'injonction du premier juge est trop imprécise. C'est essentiellement sur cette question que le litige porte en appel, la société H&M cherchant des garanties maximales auprès de ses salariés et de son public. Compte tenu de ces évolutions, et malgré l'expiration du délai, d'ailleurs irréaliste, fixé par le juge des référés, il y a donc toujours lieu de statuer.

Précisons tout de suite que ne sont pas fondés les moyens de régularité. D'une part, il incombe au juge du référé-liberté, aux termes mêmes de l'article L. 521-2, d'ordonner toutes mesures nécessaires pour la sauvegarde d'une liberté, ce qui peut induire de retenir une mesure non sollicitée (v. JRCE, 30 mars 2007, Ord., *Ville de Lyon*, n° 304053, aux T.²). D'autre part, en l'espèce, les mesures correspondaient largement, à la réserve des réparations définitives, tant aux conclusions en demande qu'à celles présentées à titre subsidiaire par la défense. Le juge n'a donc pas excédé son office et statué *ultra petita*, ou *a fortiori* méconnu le contradictoire. Toutefois, si vous annulez l'ordonnance, vous n'aurez pas à examiner sur ce moyen (25 avril 2003, *SNC Diamant et Cie*, n° 208398, p. 184).

La particularité de cette ordonnance est de fonder les mesures qu'elle prend sur un défaut de sécurité, terrain contesté par les requérants.

1. – La sécurité publique dont parle le juge des référés, par sa généralité, peut impressionner. Vous savez que l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) proclame le droit à la « sûreté », un principe qui a valeur constitutionnelle (CC, 22 juillet 1980, n° 80-117 DC, § 11). Mais, outre que le juge constitutionnel y a rarement recours, la « sûreté » n'est pas tout à fait la sécurité. Et si, trois fois au moins, le législateur a affirmé l'existence d'un droit fondamental à la sécurité³, la valeur supra-législative du principe, pouvant impliquer un droit subjectif à la sécurité qui indurait une obligation de résultat, est débattue. A cet égard, la doctrine a pu parler, reprenant une formule du doyen Louis Favoreu, de « coquille vide »⁴, pour évoquer ce principe trop matriciel ou programmatique pour être juridiquement opérant – débat qui n'est pas sans rappeler celui qui avait lieu, avant la décision *Société KPMG et autres* (Assemblée, 24 mars 2006, n° 288460 et s., R. p. 154), sur le principe de sécurité juridique.

Le droit conventionnel des droits de l'homme n'a pas davantage opté pour la reconnaissance d'un droit fondamental à la sécurité. Il a en réalité choisi de contourner les hésitations en posant le principe de la protection de la vie humaine, dont la portée concrète colle parfaitement à la dynamique du droit européen. La première phrase de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en fait une obligation en prévoyant que « *le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi* ». Pour la Cour de Strasbourg, cette affirmation non seulement prévoit une obligation négative d'abstention, mais impose à toutes les autorités publiques (y compris les collectivités territoriales) une obligation positive de prévenir les risques d'atteinte à la vie (voir, par exemple, *L.C.B. c/Royaume-Uni*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1403, § 36). Elle l'a jugé dans le cas d'activités dangereuses, comme le fonctionnement

² A la différence du juge du référé suspension – v. 27 juillet 2001, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ SARL « Le Grand Sud »*, n° 234389, aux T.

³ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 de programmation relative à la sécurité ; loi n° 2001-1062 du 14 novembre 2001 de sécurité quotidienne (v. Gaz. Pal. 20 décembre 2001, n° 354, p. 2) ; loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁴ M-A Granger, « Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité » ? », in *Revue de science criminelle*, 2009 p. 273.

d'une décharge (Gde. Chbre, *Oneryildiz / Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99⁵), d'un chantier de démolition d'un bâtiment (*Pereira Henriques/Luxembourg*, 9 mai 2006, n° 60255/00, § 63), mais aussi pour contrôler l'aménagement d'un équipement public (*Kalender/Turquie*, 15 décembre 2009, n° 4314 : absence de quai dans une gare et absence du personnel d'accueil, §§ 42 à 50) ou dans l'hypothèse d'un risque naturel (*Boudaïeva/Russie*, 20 mars 2008, n° 15339/02 : ville dévastée par une coulée de boue ayant entraîné plusieurs décès). L'exigence porte autant sur la nécessité pour une personne publique de mettre en place un cadre « *visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie* » (§ 89 de *Oneryildiz / Turquie*) que sur celle d'ouvrir une voie de réparation effective.

Vous avez pleinement acclimaté dans le contentieux de la responsabilité ou de la légalité cette jurisprudence, qui ne pose pas une obligation de résultat, contrairement à ce que soutient la ville de Paris – l'article 2 ne garantit pas « *un niveau absolu de sécurité dans toutes les activités de la vie comportant un risque d'atteinte à l'intégrité physique* »⁶. Ainsi, selon vous, le garde des sceaux doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger la vie des détenus, s'agissant des caractéristiques du matériel de literie (17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 305597, R. p. 463) ou des règles de sécurité contre le risques d'incendie applicables dans les établissements pénitentiaires (23 juillet 2010, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n°s 316440-316441, au R. T. p. 771.). Vous avez raisonné de même pour apprécier le danger causé par l'emploi des pistolets à impulsion électrique (1^{er} juin 2011, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n° 341917, inédite).

En référé, si vous avez suivi la même pente en cas de suspension d'une décision méconnaissant le droit à la vie (JRCE, 11 juillet 2007, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 305595, inédite⁷), vous avez tenu à distance le référé-liberté, sûrement parce que vous étiez soucieux que cette procédure particulière n'aspire pas tout le contentieux. Il a ainsi été jugé, de manière très générale, que la méconnaissance de l'obligation de sécurité ne constitue pas par elle-même une atteinte grave à une liberté fondamentale (JRCE, 20 juillet 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 239196, R. p. 388). Nous notons cependant que dans une ordonnance de 2002, le refus est formulé non sur un terrain de principe mais parce que, en l'espèce, la sécurité ne paraissait pas compromise (JRCE, 18 février 2002, *M. Raymond A...*, n° 243182, inédite).

On peut s'interroger sur un choix aussi radical qui peut interdire, en cas d'urgence, une réponse juridictionnelle effective, en tout cas en adéquation avec les évolutions de votre contrôle de fond.

A notre sens, les éléments que vous allez poser à l'occasion de la présente affaire doivent valoir pour toutes les situations d'action ou de carence présentant un danger, au-delà du cas des dommages nés de travaux publics. On peut penser au droit de l'environnement, au droit pénitentiaire, ou encore au droit de la santé. L'extension peut assurément être importante et on pourrait s'en inquiéter, car il faut éviter que ne soient attraités devant le juge des litiges qui peuvent et doivent être d'abord réglés par d'autres moyens permettant de faire face

⁵ 30 novembre 2004, n° 48939/99 § 71 : explosion de gaz dans une décharge ayant causé 39 décès. La Cour a jugé que « *dans le contexte de toute activité publique (...) susceptible de mettre en jeu le droit à la vie* » (§ 71).

⁶ *Kalender/Turquie*, 15 décembre 2009 (§§ 42 à 50).

⁷ Demande de suspension de l'exécution d'une décision implicite de refus d'équipement des établissements pénitentiaires en housses ignifugées inamovibles.

immédiatement au risque. Pour autant, nous pensons que la réponse ne peut pas être la fermeture des voies de droit : il faut plutôt les réguler et éviter qu'elles ne soient abusivement sollicitées.

C'est dans cette optique que nous voudrions vous convaincre que, dans ces situations de danger, si la procédure la plus adaptée est le référé mesures-utiles, le référé-liberté ne peut et ne doit pas être mis de côté.

2. – Si nous privilégions le référé mesures-utiles, c'est d'abord parce que les options que vous avez prises ont ouvert ses potentialités et que ce mouvement doit être consolidé.

2.1. – Cette voie a, pendant longtemps, été délaissée. Avant la réforme de 2000, la procédure résultant de la loi n° 55-1557 du 28 novembre 1955⁸ était limitée tant par l'interdiction de « faire préjudice du principal », qui bridait les pouvoirs du juge, par celle de ne pas « faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative », qui interdisait tout sursis à exécution (29 novembre 1967, *Chambre syndicale des cochers et chauffeurs de voiture de place*, T. p. 889 ; 4 juillet 1975, *G...*, n° 96947, R. p. 407) que par l'impossibilité, avant 1995, d'adresser une injonction à l'administration (27 février 1974, *V...*, n° 92403, R. p. 154). Elle a d'abord servi à adresser des injonctions à des personnes privées afin de garantir la bonne exécution des travaux publics ou la bonne marche des services publics (v., entre autres : Sect., 13 juillet 1956, *OPHLM du département de la Seine*, p.343, concl. Chardeau). Puis, à partir des années 1970, elle a permis l'expulsion des occupants sans titre du domaine public – mission pour laquelle elle a trouvé, de loin, sa principale utilité (2 mars 1977, *Commune de Sallanches*, T. p. 926 ; 22 juin 1977, *Dame veuve A...*, n° 4799, R. p. 288 ; Ass., 3 mars 1978, *L...*, n° 6079, R. p. 116 ; Sect., 28 novembre 1980, *Ville de Paris c/ Etablissements Roth*, R. p. 453, concl. Costa ; 19 février 1982, *SA Trouville balnéaire*, T. p. 618-713 ; Sect., 2 mars 1990, *Mme P...*, n° 91687, R. p. 59). Il s'est ensuite agi d'ordonner l'interruption des travaux ayant lieu sur le domaine public, afin de protéger ce dernier (Sect., 25 janvier 1980, *Sté des terrassements mécaniques SOTEM et M...*, n° 11514, R. p. 49 ; 16 janvier 1985, *C...*, n° 57106, T. p. 727) ou de rendre exécutoire une décision administrative lorsque l'autorité qui la prend n'a pas cette prérogative (Ass., 4 mars 1991, *Société des bourses françaises*, R. p. 78).

Ainsi conçu, et par un étonnant détour de l'histoire, le référé conservatoire a servi, pour reprendre l'expression d'un de nos prédécesseurs, de « bras séculier » à l'autorité administrative. Il lui permettait d'obtenir du juge des pouvoirs de contrainte à l'égard des personnes privées et n'était guère utile à ses dernières que pour la communication de décisions ou de documents détenus par l'administration (6 juin 1980, *Ministre du travail et de la participation c/ Mme A...*, n° 17547, T. p. 835 ; 26 mars 1982, *Ministre de l'intérieur c/A... M...*, n° 34200, R. p.137 ; 9 avril 1998, *Crédit commercial de France*, R. p.176).

2.2. – La loi du 30 juin 2000 n'a pas substantiellement modifié la portée de ce référé – quoiqu'il ait été hissé au rang législatif. Il restait conçu comme une voie accessoires aux deux autres référés d'urgence, les grandes innovations. La formulation même de l'article – « toutes autres mesures utiles » – ainsi que le maintien de l'interdiction de faire obstacle à une décision administrative portent la trace de son caractère supplétif. La suppression de la

⁸ La branche « mesures utiles » a été formellement distinguée par le décret n° 88-907 du 2 septembre 1988.

condition⁹ relative à l'interdiction de préjudicier au principal était toutefois le premier indice d'un possible renouveau.

Les autres signes du « réveil du référé conservatoire » (AJDA 2006 p. 1839, chron. C. Landais et F. Lenica) sont venus de la jurisprudence. Vous avez très vite jugé que l'article L. 521-3 habilite le juge des référés à adresser des injonctions à l'administration (29 avril 2002, C..., n° 240322, T. p. 876). Vous avez ensuite accepté qu'il puisse enjoindre de faire dresser un procès-verbal d'infraction et d'édicter un arrêté interruptif de travaux alors que des travaux de construction se poursuivaient après la suspension d'un permis de construire (M... précitée - Section, 6 février 2004, n° 256719, R. p. 49). Deux ans plus tard, vous avez continué le mouvement en permettant à ce juge « *pour prévenir ou faire cesser un dommage dont l'imputabilité à des travaux publics ou à un ouvrage public ne se heurte à aucune contestation sérieuse (... d') enjoindre au responsable du dommage de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou mettre un terme aux dangers immédiats présentés par l'état de l'immeuble* » (E... L... précitée - Section, 18 juillet 2006, n° 283474, au R. p. 369). Dans ce même cadre, il peut, en cas de désordres provenant d'un immeuble menaçant ruine, enjoindre à une commune de réaliser des travaux d'urgence prescrits par une expertise (8 mars 2010, D..., n° 331115, R. p. 68) ou de faire cesser une voie de fait résultant de la décision d'un maire de faire ériger un mur de parpaings pour interdire l'entrée à un appartement jugé insalubre (12 mai 2010, A..., n° 333565, T. p. 694). Il en va de même en dehors du cas de dommages nés de travaux publics – ainsi d'un détenu souhaitant obtenir de l'administration pénitentiaire qu'elle mette fin aux dysfonctionnements qui affectent le dispositif de surveillance électronique mobile (26 octobre 2011, B..., n° 350081, à mentionner aux T.).

Didier Chauvaux avait bien raison de se hasarder, dans ses conclusions sous E... L... (Section, 18 juillet 2006, n° 283474, au R. p. 369), à considérer que la voie du référé mesures utiles apparaîtrait « *un jour, rétrospectivement, comme une Belle au bois dormant réveillé d'un sommeil cataleptique par vos décisions C...(29 avril 2002, C..., n° 240322, T. p. 876) et M... (Section, 6 février 2004, n° 256719, R. p. 49)* ». Le juge saisi par la voie du L. 521-3 dispose d'une large panoplie de pouvoirs : il peut décider des mesures adéquates et les imposer à la collectivité – de la suspension des effets d'une situation dommageable à l'injonction de faire ou de s'abstenir. Par ailleurs, son accès est aisé puisqu'il peut être saisi de « toute requête », sans décision administrative préalable et sans recours au fond.

2.3. – Le référé mesures utiles est donc équipé en cas de danger pour la vie des personnes. Il ne peut cependant absorber tout le contentieux, malgré son caractère apparemment illimité car il est contraint par trois particularités.

A. – La première contrainte, vous l'avez réintroduite par voie jurisprudentielle. Le juge des référés du L. 521-3, à la différence de son homologue judiciaire, reste le juge de l'évidence. Il ne peut pas prescrire des mesures en cas de contestation sérieuse. On aurait pu s'attendre à ce que cette condition soit abandonnée, car vous l'aviez tirée, avant 2000, de l'interdiction de préjudicier au principal¹⁰. Mais vous l'avez réintroduite par la voie

⁹ que le groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence avait considéré comme « inutilement restrictive ».

¹⁰ La condition de l'absence de contestation sérieuse résultait de ce principe (22 juin 1977, Dame veuve A..., n° 4799, R. p. 288).

prétorienne, d'abord en matière d'expulsion du domaine public (6 avril 2001, *Ministre de l'éducation nationale c/ C... D...*, n° 230000, R. p. 180 ; Sect., 16 mai 2003, *SARL Icomatex*, n° 249880, R. p. 228, ccl. Bachelier), puis de manière plus large encore dans la décision *M...* (Section, 6 février 2004, n° 256719, R. p. 49). Et si Didier Chauvaux vous avait invité à ne pas la poser comme une condition générale, vous ne l'avez pas suivi. Dans votre esprit, il s'agit probablement de la contrepartie tant de l'absence de recours obligatoire au fond que de la reconnaissance de très larges pouvoirs d'intervention.

B. – La deuxième contrainte est que les mesures que peut prendre ce juge doivent avoir un caractère conservatoire ou provisoire. C'est là la véritable limite à son intervention¹¹, d'ailleurs commune à toute intervention en référé. Vous vous êtes toutefois gardés d'exagérer la portée de cette règle¹², dont une certaine approche pourrait paralyser l'effectivité du référé. Par la décision *CFDT Interco 28* (31 mai 2007, n° 298293, R. p. 22), revenant sur la décision *P...* (1^{er} mars 2001, n° 230794, T. p. 1134) et poursuivant l'effort de clarification de l'ordonnance *Ville de Lyon* (JRCE, 30 mars 2007, n° 304053, T. p. 1013-1016), vous avez rappelé que le critère du provisoire s'apprécie au regard des effets des mesures, en particulier de leur caractère réversible¹³. Encore que, dans les faits, certaines mesures ont bien des effets irréversibles – comme l'expulsion des occupants sans titre. Mais elles ne sont pas définitives en droit. C'est dans cette absence d'autorité de chose jugée (Section, 5 novembre 2003, *Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre*, n° 259751, R. p. 444 ; AJDA 2003, p. 2253, chron. F. Donnat et D. Casas) que réside en réalité surtout le caractère conservatoire des mesures. Ce qui revient à adopter la définition du Pr. Chapus, selon lequel les mesures conservatoires sont celles est « *de prévenir la survenance ou l'aggravation d'une situation dommageable, la prolongation d'une situation illicite, ou d'assurer la protection des droits et intérêts d'une partie ou de sauvegarder l'intérêt général* » (R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} ed., p. 1613). Demeurent cependant des interdictions fondamentales, comme l'annulation de décisions administratives (JRCE, 24 janvier 2001, *Université Paris VIII*, n° 229501) ou l'obligation d'édicter un acte réglementaire (*Syndicat « Lutte pénitentiaire »* précité). Au-delà, le « toutes mesures utiles » de l'article L. 521-3 octroie assurément de larges prérogatives.

C. – La dernière contrainte est l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, principe dont la portée a été précisée mais peut encore être affinée.

Cette condition est ancienne (25 octobre 1978, *Ministre des finances c/Mme M...*, n° 10162, R. p. 391). Son objectif est facile à saisir : il s'agit de ne pas faire obstacle à la voie principale du sursis à exécution, devenu référé-suspension. Son maniement n'est cependant pas toujours évident. Il est assuré que le juge du référé mesures utiles ne peut pas agir s'il existe une décision positive dont l'exécution est incompatible avec la mise en œuvre des

¹¹ Vous affirmez que ne peuvent pas être prises des mesures qui n'auraient pas un caractère provisoire ou conservatoire (V. nt. JRCE, 29 mai 2002, *Syndicat Lutte pénitentiaire*, n° 247100, aux T. ; 11 juin 2003, *SARL Camping d'Oc*, n° 252616, aux T.),

¹² J-H Stahl, sous *M...* (Section, 6 février 2004, n° 256719, R. p. 49), avait ainsi noté une certaine forme d'hypocrisie dans l'usage de ce terme « provisoire ».

¹³ Par exemple, un juge ne méconnaît pas son office en ordonnant de procéder à la dépose et à l'enfouissement d'un réseau câblé (9 juillet 2008, *Sté Rhône Vision Câble*, n°s 309878 et s., aux T.)

mesures sollicitées¹⁴. Par exemple : le juge du L. 521-3 ne peut pas enjoindre à un maire de prendre un arrêté de suspension d'ouverture alors qu'il existe un arrêté d'ouverture (26 octobre 2004, *Société des crématoriums de France*, n° 279441, aux T. sur un autre point),

La situation est plus délicate quand il s'agit d'un refus ou d'une carence. Il pourrait être souhaitable d'exclure du champ de l'interdiction toutes les décisions négatives. Mais ce parti est interdit par la rédaction et la pratique de l'article L. 521-1 qui inclut les décisions administratives, même de rejet, reprenant l'acquis tardif de la décision O... (Sect., 20 décembre 2000, n° 206745, R. p. 643, ccl. F. Lamy). Vous avez pour autant adopté une approche restrictive de l'exclusion des décisions négatives. D'une part, dans *M...* (Section, 6 février 2004, n° 256719, R. p. 49), suivant la décision C... de 1985 (16 janvier 1985, n° 57106, T. p. 727), vous avez refusé de considérer que l'existence d'une décision d'urbanisme, permis ou autorisation, faisait obstacle à l'intervention du juge des référés mesures utiles. En effet, se prononcer sur les conditions dans lesquelles s'effectuent – ou non – des travaux est sans incidence sur leur légalité ; c'est uniquement si celle-ci était en cause qu'il faudrait saisir le juge du référé suspension. D'autre part, dans *E... L...* (Section, 18 juillet 2006, n° 283474, au R. p. 369), vous n'avez pas opposé l'exception de recours parallèle quand est en cause une décision négative refusant les mesures mêmes sollicitées en référé¹⁵. Et, quoique la décision n'en porte pas trace, nous pensons que cette règle vaut autant pour les décisions apparues en cours d'instruction que celles nées antérieurement. Vous n'exigez pas un détour préalable devant l'administration, pour éviter qu'il soit fait échec à l'intervention utile du juge.

Vous devez maintenir cette approche exigeante de l'interdiction de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Dans les litiges où est en jeu un agissement de l'administration qui pourrait présenter un risque pour la vie des personnes, il n'existera généralement aucune décision positive, encore moins une décision explicite. En revanche, on pourrait éventuellement saisir des décisions révélées. Il faut vous interdire d'emprunter cette dernière fiction. Vous avez pu être tentés. Ainsi, vous avez considéré que, en ordonnant à un maire d'interrompre les travaux de démolition entrepris par une commune, le juge des référés avait fait obstacle à l'exécution d'une décision administrative révélée par l'engagement des travaux (30 décembre 2002, *Commune de Pont-Audemer c/Association de sauvegarde des patrimoines de la Basse-Seine*, n° 248787, T. p. 876). Récemment, vous avez cru opportun d'opposer à une demande de cessation de travaux la décision de les entreprendre révélée par une lettre indiquant qu'une servitude de passage n'était pas compatible avec la construction en cause (9 février 2009, *SAS Albert Grammatico et autre*, n° 3210243, inédite). Cette approche extensive n'est pourtant pas souhaitable : elle détourne contre le requérant une jurisprudence qui lui est favorable, la logique de la décision révélée (v. 12 mars 1986, *Ministre de la culture c/ Mme C... et autre*, n° 76147, T. p. 662) étant née du souci de permettre l'accès au juge dans le cas où une décision formelle ne pouvait pas être saisie.

¹⁴ sauf en cas de voie de fait (12 mai 2010, *A...*, n° 335656, T. p. 694), puisque vous avez jugé qu'alors, en présence de travaux attentatoires à la liberté du propriétaire, un juge avait toute latitude pour agir alors même qu'il existait un arrêté de péril ordinaire, lequel est réputé être nul (v. 4 mai 1988, *P...*, n° 60590, T. p. 695 ; 6 avril 2011, *D...*, n° 212206, T. p. 885).

¹⁵ Ainsi, « la circonstance que le responsable du dommage, saisi par l'intéressé d'une demande tendant à la réalisation de ces mêmes mesures, l'ait rejetée par une décision expresse ou implicite n'est pas à elle seule de nature à faire obstacle à la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 521-3 ».

Il est en réalité conforme à l'objet de la réserve de l'article L. 521-3 de n'exclure l'intervention de ce juge que dans le cas où la mesure qu'il doit prendre revient à suspendre l'exécution d'une décision administrative formelle¹⁶. Plus précisément, c'est quand est en jeu la légalité d'une décision, le plus souvent explicite, mais peut-être implicite, que le juge du référé mesures utiles doit s'effacer – car, dans ce cas, et ce cas seulement, il empiète sur la compétence du juge du référé suspension.

Au final, ces précisions étant faites, tous les jalons nous semblent avoir été posés pour que le juge du référé du L. 521-3 puisse intervenir de manière efficace dans le cas où une action ou une carence d'une autorité publique ferait courir un risque pour la vie des personnes. Dans notre affaire, il est facile de voir que le litige aurait pu être aussi bien traité avec les outils de cet article.

Pour autant, il nous paraît délicat d'en faire l'unique voie de recours et d'exclure tout usage du référé-liberté.

3. – Trois considérations pourraient vous faire hésiter à reconnaître l'applicabilité du référé-liberté, voie que la loi de 2000 a voulu spécifique. Vous pourriez d'abord hésiter à reconnaître une liberté fondamentale. Vous pourriez ensuite douter que l'objet de l'article L. 521-2 du CJA soit de traiter les cas d'abstention ou de carence. Vous pourriez, enfin, nourrir des difficultés pour apprécier les conditions légales, notamment celle tenant à l'existence d'une illégalité manifeste, alors que, souvent, aucune norme n'existera.

Ces interrogations ont l'intérêt de vous confronter à la transformation qu'a subie le référé-liberté, qui n'est plus vraiment l'enfant voulu par ses créateurs... Mais un enfant finit toujours par échapper à ses parents.

3.1. – La première évolution est la très grande extension du champ des « libertés fondamentales » reconnues au sens et pour l'application du L. 521-2 du CJA. D. Chabanol, dans la 4^{ème} édition du CJA commenté (Le Moniteur, 2010), en recense 24. Leur liste montre que vous vous êtes progressivement éloignés de l'approche initiale, qui aurait réservé la reconnaissance à un socle étroit de normes, et dont témoigne l'approche autonome de la notion de « liberté fondamentale », préférée à d'autres termes et n'incluant pas les « droits ». Vous vous rappelez peut-être les commentateurs tentant d'identifier la logique de la reconnaissance des « libertés fondamentales »¹⁷ – entre conception constitutionnelle, conventionnelle, législative ou matérielle. Il faut avouer que vous avez déjoué tous les désirs de systématisation. Ainsi, s'il est assuré que tous les droits constitutionnels ne sont pas des « libertés fondamentales » au sens du L. 521-2, on ne peut inverser la proposition. Certaines libertés fondamentales n'ont pas nécessairement une valeur constitutionnelle – ainsi du droit du patient à donner son consentement (JRCE, 16 août 2002, M^{me} F..., n° 249552, R. p. 309 ;

¹⁶ Avant 2000, vous jugiez déjà qu'il n'était pas permis au juge du référé conservatoire de prononcer le sursis à exécution d'une décision administrative (4 juillet 1975, G..., n° 96947, p. 407 ; 21 février 1986, *Compagnie de architectes en chef des monuments historiques*, p. 45).

¹⁷ v., entre autres : G. Glénard, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », AJDA 2003 p. 2008 ; P. Wachsmann, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », RFDA 2007 p. 58.

D. 2004. 602 obs. J. Penneau) ou encore du respect des règles relatives à l'extradition (JRCE, 29 juillet 2003, *P...*, n° 258900, R. p. 344). De même, un objectif à valeur constitutionnelle, s'il n'est pas en soi une « liberté fondamentale », peut l'être (v. le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion : JRCE, 11 janvier 2007, *M^{me} L...*, n° 300428, T. p. 865 ; AJDA 2007. 640, note B. Maligner).

Il semble que vous affirmiez, sans le justifier, le caractère de « liberté fondamentale » en fonction à la fois de ce que vous voulez protéger – l'objet de la liberté doit être important et suffisamment précis pour qu'on puisse s'en prévaloir – et de ce que vous pouvez protéger – votre crédibilité est aussi en jeu : il faut enjoindre ce qui peut être raisonnablement fait par l'administration, en évitant le trop-plein contentieux et la délivrance de prestations irréalistes.

Ce choix de l'autonomie a eu comme conséquence un élargissement par touches, mais sans plan d'ensemble, qui a modifié le visage du référé liberté.

▪ La première étape fut la reconnaissance comme « liberté fondamentale » non d'un principe protecteur d'un particulier contre l'administration, l'optique envisagée par les rédacteurs, mais d'une prérogative d'une personne publique comme le principe de libre administration des collectivités territoriales (Section, 18 janvier 2001, *Commune de Vennelles et M...*, n° 229247, R. p. 18, ccl. Touvet ; GAJA n° 105, p. 777, Dalloz, 18^{ème} ed., 2011)¹⁸.

▪ L'autre étape – plus progressive mais plus fondamentale – a consisté à intégrer des droits, qui supposent une action de l'autorité publique en vue de les rendre effectifs, quand la garantie d'une liberté se borne à prohiber les ingérences.

a) Le premier stade fut la reconnaissance du droit de propriété (31 mai 2001, JRCE, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 234226, au R.), du droit d'asile (JRCE, 12 janvier 2001, *Mme H...*, n° 229039, R. p. 12) ou encore celle, plus disputée, du droit à une vie familiale normale (30 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c/Mme T...*, n° 238211, R. p. 523, ccl. de Silva ; AJDA 2001 p. 1054, chron. Guyomar et Collin). Dans ces cas, le doute était peu permis car il ne fallait pas s'arrêter à l'opposition « droit » et « liberté » mais s'attacher à la portée des garanties. Or celles-ci font partie du socle constitutionnel. Vos rédactions prouvent que vous teniez alors à identifier une liberté derrière le droit – ainsi, à travers le droit de propriété, la libre jouissance des biens. Cette précaution, un peu artificielle, ne semble pas avoir résisté aux années, comme le prouve la reconnaissance du droit au respect de la vie privée (CE, 25 oct. 2007, *M^{me} Y. c/ Conseil national pour l'accès aux origines personnelles [CNAOP]*, n° 310125, T. p. 684 ; AJDA 2007. 2063 ; RFDA 2008. 328).

b) Le second stade, plus novateur, a été la reconnaissance de droits-créances, que l'on aurait pu croire exclus par principe du champ du référé-liberté. Il est vrai que vous avez écarté nombre de droits-créance trop généraux, qui auraient transformé le juge en guichet des doléances. N'est ainsi pas une « liberté fondamentale » le droit au logement (JRCE, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, n° 245697, R. p. 168 ; AJDA 2002. 818, note E. Deschamps) ou le droit à la santé (JRCE, 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c/ B...*, n° 284803, R. p. 338 ; AJDA 2006. 376, note M. Laudijois et 2005. 1709). Le contenu

¹⁸ Il en va de même pour le secret des correspondances et la liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux (9 avril 2004, *V...*, n° 263759, R. p. 173).

trop lâche de ces droits explique leur exclusion, car une pétition générale ne peut suffire à fonder l'intervention du juge¹⁹.

Quand l'obligation est précise, en revanche, vous avez pu reconnaître une « liberté fondamentale ». L'évolution a débuté en matière d'asile (JRCE 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ G... et M^{me} G...*, n° 325884, R. p. 789 ; AJDA 2009. 679) avec la reconnaissance comme liberté fondamentale de la privation du bénéfice des mesures (garantissant) aux demandeurs d'asile des conditions matérielles d'accueil décentes²⁰. Elle a continué avec celle de la privation pour un enfant, notamment s'il souffre d'un handicap, de toute possibilité de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptées (JRCE, 15 décembre 2010, *Ministre de l'éducation nationale de la jeunesse et de la vie associative c/ Epoux P...*, req. n° 344729, R. p. 500 ; D. 2011. 1126, note Y. Dagorne-Labbe ; RDSS 2011. 176, obs. R. Fontier). Elle s'accompagne d'un contrôle spécifique : l'atteinte grave et manifestement illégale est appréciée tant au regard de la situation personnelle du requérant que des diligences accomplies par l'autorité, au regard des moyens dont elle dispose.

3.2. – Ces évolutions de « seconde génération »²¹ permettent de répondre à deux des trois hésitations que nous avons recensées : l'existence d'une liberté fondamentale et l'objet de l'article L. 521-2 du CJA.

A/ Au regard de l'évolution décrite, il nous paraît impossible de dénier à la protection du droit à la vie des personnes le caractère d'une liberté fondamentale. On peut comprendre le refus d'un « droit à la sécurité » général, qui anime l'ordonnance *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, dans un cas où il était demandé d'enjoindre à une commune de replacer à l'entrée d'un chemin privé une nouvelle barrière métallique interdisant tout accès. Tout était potentiel dans cette affaire. On peut douter de la même réponse en face d'un danger direct, et même avéré comme en l'espèce, pour la vie des personnes. C'est d'abord le sens de la jurisprudence de la cour européenne, que vous avez choisi d'acclimater, de reconnaître la pleine portée non pas du droit à la sécurité, mais du droit à la protection de la vie humaine. Et vous avez déjà trouvé dans la CEDH la source de certaines libertés fondamentales – le droit à un recours effectif de l'article 6 (JRCE, 30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur c/ B...*, n° 328879, R. p. 240), le droit à la liberté d'expression selon les termes de l'article 10 (JRCE, 21 avril 2007, *Société anonyme Antilles Télévision*, n° 304961, aux T.) ou la protection contre les traitements inhumains et dégradants (15 octobre 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Hamani*, n° 238934, R. p. 466). D'autre part, même sans jurisprudence européenne, il serait paradoxal de refuser la qualification de « liberté fondamentale » alors que vous avez reconnu le droit à une vie familiale normale et de réels droits-créances, ce qui n'est pas le cas du droit à la vie – sans parler du principe de libre administration des collectivités territoriales ; que celui-ci soit protégé mais pas le droit à la vie serait peu compréhensible.

¹⁹ Ce qui justifie, aussi, l'exclusion du principe d'égalité (JRCE ord. 14 mars 2005, *G...*, req. n° 278435, Lebon 103 ; AJDA 2005. 1633, note L. Burgogue-Larsen ; AJFP 2005. 222).

²⁰ Elle a été confirmée, mais aussi précisée, par une décision du 19 novembre 2010 (*Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ P...*, req. n° 344286, R. p. 446 ; D. 2010. 2918, point de vue S. Slama et C. Pouly ; AJDI 2011. 421, chron. F. Zitouni), puis par une ordonnance postérieure du 22 novembre 2010 (JRCE, 22 novembre 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ S...S...*, n° 344373, T. p. 641).

²¹ v. chronique AJDA 2011 précitée.

B/ Quant à la configuration des litiges en cas de danger pour la vie des personnes, elle n'est pas inédite. Il est certain que l'article L. 521-2 a été initialement conçu pour sanctionner une action liberticide dans le but de faire échec à l'approche extensive de la voie de fait par le juge judiciaire. La rédaction de l'article au conditionnel passé en témoigne : est visé le cas où une autorité publique « *aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte* » à une liberté. Cette rédaction peut toutefois s'accommoder d'une approche par la négative. La carence d'une autorité peut aussi constituer une atteinte, au moins indirecte. C'est bien cette logique, très finaliste, qui sous-tend les ordonnances faisant intervenir le juge du référé-liberté en cas de défaut de scolarisation ou de d'absence de prestations. Elle y même poussée plus loin puisqu'il s'agit dans ces cas de rendre un droit complet en accordant une prestation, là où, pour le droit à la vie, il s'agit de prendre des mesures mettant fin à une action ou en prévenant une, somme toute une cadre d'intervention classique de ce juge.

3.3. – Reste à saisir la condition de l'« illégalité », le dernier doute. Elle requiert, en bonne logique, l'existence d'une norme de comparaison. Dans un litige où est en jeu un agissement dangereux de l'administration, il n'y en aura pas toujours. C'est le cas dans notre affaire. Cela ne doit toutefois pas vous arrêter. Si l'autorité, par son action ou sa carence, met en danger la vie des personnes, vous jugez qu'elle commet une illégalité, puisque vous contrôlez les justifications de son inaction (*Section française de l'OIP* précitée), qui est de nature à engager sa responsabilité. L'abstention est donc la source de l'illégalité. Cette logique nous paraît justifiée par rapport à l'article L. 521-2, même si elle aboutit, il est vrai, à en fondre les conditions : si le risque est (manifestement) grave, c'est que l'atteinte est

(manifestement) illégale, puisque le risque n'aurait pas dû advenir ; dans ce cas, l'urgence ne pourra être que constituée. Cette confusion existe, mais il nous semble qu'elle était en germe dès le début du dispositif, qui revient bien à lier la caractérisation de l'urgence à la gravité de l'atteinte, comme la pratique le prouve d'ailleurs largement.

4. – Sur le plan juridique, l'article L. 521-2 peut donc s'adapter aux cas d'action ou de carence dangereuses. C'est bien pourquoi vos juges des référés se sont, presque naturellement, engagés dans cette voie qui dessine pourtant une orientation nouvelle à ce référé. Le présent litige, nous l'avons dit, vous donne l'occasion d'évaluer le bien-fondé de ces choix.

Deux considérations essentielles nous convainquent de leur pertinence et de la nécessité de les suivre aujourd'hui.

A/ En premier lieu, nous pensons qu'il est souhaitable de valoriser le référé-liberté qui présente, du point de vue des requérants, des garanties propres. Quoiqu'il ne soit pas prescrit à peine de nullité ou de dessaisissement, le délai de 48H en est la première. L'ampleur des pouvoirs de ce juge administrateur, dont les mesures peuvent ne pas présenter un caractère provisoire (*Syndicat CFDT Interco 28* précité) en est une autre. En regard, le juge du L. 521-3 n'est pas tenu de tenir une audience et vous ne le lui avez pas imposé par voie prétorienne²². Par ailleurs, sa décision n'est susceptible que de cassation²³, alors que le législateur a voulu

²² Comme cela a pu être le cas pour le référé contractuel.

²³ Vous effectuez essentiellement un contrôle de dénaturation (24 juillet 2009, *H...*, n° 324555).

que l'appel soit ouvert pour le référé-liberté. Or, si le juge a mal apprécié un danger imminent, le contrôle, tardif et éloigné, de la cassation n'est pas satisfaisant. Plus fondamentalement, le référé-liberté est emblématique d'un certain renouveau de l'office du juge administratif et assure à ce dernier une légitimité qui avait pu être remise en doute. Il faut rappeler que, malgré l'entrée en vigueur de la loi de 2000, la théorie de la voie de fait n'a pas été abandonnée (TC, 23 octobre 2000, *B... c/ ministre des affaires étrangères*, n° 3227, R. p. 775; AJDA chron. M. Guyomar et P. Collin, 2001. 143).

B/ L'autre considération est que, s'il s'agit de prévenir un afflux excessif de sollicitations du juge du référé-liberté, la bonne réponse n'est pas de fermer cette voie mais de rappeler sa vocation particulière. La régulation ne doit pas s'opérer par le refus de certaines libertés ou de certains mécanismes, comme les situations de carence, mais par la réaffirmation que le référé liberté, ce n'est pas n'importe quelle urgence, ni n'importe quelle illégalité. Vous vous êtes d'ailleurs récemment attachés à rappeler ces principes, qui avaient pu parfois être perdus de vue. Il faut donc souligner que l'urgence du L. 521-2 est une urgence particulière²⁴ (JRCE, 28 février 2003, *Commune de Pertuis c/P...*, n° 254411, R. p.68 ; AJDA 2003.1171, note P. Cassia et A. Béal) parce qu'il faut que la situation appelle une mesure de sauvegarde immédiate, dans un délai de 48H. Et toute illégalité n'est pas de nature à mobiliser ce juge. Il a été récemment précisé (JRCE, ord., 27 octobre 2011, *Ministre de l'intérieur c/ S...*, n° 353508, à publier au R) le principe, affirmé dès le début (JRCE, 12 novembre 20001, *Commune de Montreuil-Bellay*, n° 239840, au R.) qu'il doit exister un rapport direct entre l'illégalité relevée à l'encontre de l'autorité administrative et la gravité de ses effets au regard de l'exercice de la liberté fondamentale en cause²⁵.

Pour toutes ces raisons, nous pensons que les procédures des articles L. 521-2 et L. 521-3 peuvent être mobilisées en cas d'action ou de carence administratives présentant un danger pour la vie des personnes. La deuxième a vocation à être la voie de droit commun, la première à servir en cas de péril grave et imminent et si des mesures de sauvegarde peuvent et doivent être prises dans un délai bref. C'est l'urgence particulière qui nécessitera que ce juge particulier soit mobilisé. Il lui sera toujours possible, bien sûr, de trier les demandes inopportunes par le biais de l'article L. 522-3 du CJA, comme il le fait déjà largement. Dans l'hypothèse où il serait utilement saisi, nous pensons qu'il doit disposer de la plénitude des pouvoirs²⁶. Si l'affaire est complexe, comme ce peut être le cas pour des travaux publics, il pourra décider d'une mesure immédiate de sauvegarde et décider ultérieurement de mesures complémentaires plus durables, le cas échéant avec de nouvelles audiences, selon une logique de droit de suite. Cette dernière ne nécessitera pas, selon nous, une nouvelle saisine sur le fondement de l'article L. 911-4 du CJA. L'avantage, c'est que ces décisions seront susceptibles de la même voie de recours, ce qui ne serait pas le cas si le juge du référé mesures utiles prenait la suite après la mesure initiale de sauvegarde.

²⁴ Ainsi, une circonstance de nature à créer une présomption d'urgence au sens du référé-suspension n'est pas une circonstance particulière justifiant au l'urgence soit constatée au sens du référé-liberté (23 janvier 2004, *K...*, n° 257106, T. p. 827).

²⁵ V. aussi JRCE, 28 octobre 2011, *SARL PCRL Exploitation*, n° 353553, aux T.

²⁶ Ainsi, vous estimez que ce juge est compétent pour fixer l'astreinte puis la liquider, par de nouvelles ordonnances (v. nt. JRCE, 5 septembre 2011, *Ministre de l'intérieur c/ M... B... et autres*, n°s 351710 et s.).

Ce schéma dessine certainement une nouvelle géographie du référé. En 2000, la réforme, refusant l'acclimatation pure et simple du référé civil, avait concentré l'effort sur l'innovation du référé-liberté et la modernisation du sursis à exécution, valorisé au regard de la tradition décisoire de l'administration – le référé mesures utiles n'étant maintenu que pour un usage complémentaire. Les frontières ont bougé²⁷. Si le référé liberté reste particulier, c'est désormais davantage par son objet que par son champ. Au fond, il est devenu un « référé fondamental », celui que l'on emprunte quand la situation est particulièrement urgente – et c'est peut-être là sa vocation. Quand au référé mesures utiles, il n'est plus supplétif. Servi par sa souplesse, il est équipé pour un usage élargi et ses charmes très civilistes²⁸ devraient finir par séduire le plus grand nombre.

Du point de vue du juge, cette évolution ne devrait pas inquiéter. S'agissant spécialement de l'ouverture que nous proposons aujourd'hui, le risque d'un afflux contentieux ne paraît pas excessif. Nous observons d'abord que les juges des référés des tribunaux manient déjà l'articulation du L. 521-2 et du L. 521-3, au moins en cas de danger né de travaux. La pratique prouve qu'en général les demandes se traduisent par un défaut d'urgence, les mesures nécessaires ayant été prises entre temps. Mais s'il le faut, certains juges n'hésitent pas à enjoindre à l'administration d'effectuer des travaux urgents²⁹, y compris en référé-liberté. Quant aux autres domaines, nous croyons que très souvent l'administration aura engagé des démarches rendant inutile une mesure d'extrême urgence ou bien le risque vital ne sera pas engagé à très court terme. Ce sera le cas dans des domaines comme l'environnement – par exemple, la pose d'antennes relais – où l'on voit difficilement comment établir un risque grave et imminent à la vie humaine. Dans d'autres, comme le contentieux pénitentiaire, il est probable qu'un certain nombre de situations pourra arriver jusqu'au juge du référé liberté. Mais les conditions posées sont strictes et il n'est pas illégitime que les cas les plus graves soient soumis au juge de la sauvegarde.

Ce cadre posé, le JRTA de Paris a-t-il eu raison en l'espèce de faire usage des pouvoirs qu'il tire de l'article L. 521-2 du CJA ?

Nous comprenons tout à fait que, saisi le 1^{er} octobre pour une reprise des travaux deux jours plus tard, le juge des référés ait jugé utile, au vu du dossier, de tenir une audience pour voir clairement la situation. De nombreux éléments attestaient de risques sérieux. Cependant, ils ne nous paraissent pas tels qu'ils pouvaient être regardés comme posant un danger imminent à la vie des personnes. En effet, pendant le 10 jours précédents, plusieurs mesures avaient été prises par la ville de Paris et la SEM, qui avaient pris la mesure du risque. Ainsi, la reprise des travaux était prévue selon une nouvelle méthodologie contenue dans une note de la Sem du 29 septembre, qui tenait compte des recommandations d'une expertise du 23 septembre et des échanges qui avaient eu lieu avec les protagonistes depuis la suspension des travaux immédiatement après l'accident. Le 4 octobre, date de l'ordonnance, la SEM avait

²⁷ Le nombre de requêtes en référé-liberté a connu une progression constante sur la décennie, pour atteindre, au Conseil d'Etat, 3273 requêtes en 2010, soit près du triple des affaires enregistrées en 2000.

²⁸ V. article 809 du code de procédure civile.

²⁹ v. par ex., JRTA de Marseille, ordonnance du 26 avril 2001 à l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 29 octobre 2003, *M. et Mme V... B... P...*, n° 259440 ; 21 mars 2001, JRTA de Châlons-en-Champagne annulée par le JRCE par l'ordonnance du 6 avril 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Société « Le Vivier »*, R. p. 186.

d'ailleurs confirmé son accord pour l'implication du bureau de contrôle Veritas dans la validation du projet de réparation de la dalle endommagée. Plus encore, l'expert, M. Eugène, avait validé la reprise des travaux de démolition conformément à la nouvelle méthodologie – réalisation de sondages au marteau piqueur manuel avant le démarrage pour vérifier l'épaisseur du renformis ; adaptation de l'outillage ; mise en place de périmètres de sécurité d'une surface de 80 à 100 m² à l'intérieur du magasin autour du point de démolition, dont la présence dans le magasin pendant les heures de travaux d'une vigie en contact avec le chef de chantier. Par ailleurs, les architectes du maître d'œuvre, lors de la visite du 27 septembre, avaient constaté que la dalle recouvrant le magasin H & M ne présentait aucun autre désordre que les percements accidentels, qui restent tout de même limités.

Dans ces conditions, des garanties substantielles avaient été apportées et des mesures de sauvegarde d'extrême urgence ne nous semblaient pas nécessaires. Pour ce qui est du débat, qui paraît le plus essentiel pour la société H&M, sur le suivi des travaux de démolition par un contrôleur technique, il peut probablement avoir lieu, mais pas devant le juge du référé-liberté. C'est donc à tort que le premier juge s'est reconnu les pouvoirs qu'il tire de l'article L. 521-2. Il reviendra à la société, si elle le souhaite, de mieux se pourvoir, étant précisé que nous ne vous proposons pas de revenir sur la jurisprudence interdisant de solliciter le juge des référés sur plusieurs terrains simultanés (6 mars 2002, *Société des pétroles Shell*, n° 241534, aux T.³⁰).

Par ces motifs nous concluons à l'annulation de l'ordonnance, au rejet des prétentions de première instance et à ce que soit accordée à la ville de Paris et à la SEM la somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

³⁰ Parallèle, pour l'articulation entre le L. 521-1 et L. 521-2 CJA, de Sect., 28 février 2001, *P... et L...*, R. p. 111