

N° 383938
SELARL Docteur D...
C... et M. A...

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 7 octobre 2015
Lecture du 23 octobre 2015

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

M. D... C... et M. B... A..., tous deux médecins, proposent à leurs patients des prestations d'épilation au laser et à la lumière pulsée, dans des centres situés à Paris. Ces deux techniques d'épilation ont l'avantage de permettre une épilation définitive, à tout le moins durable, dans des conditions de confort et de rapidité sans équivalent par rapport aux bonnes vieilles méthodes de la pince et de la cire. Mais ces actes, s'ils sont mal exécutés, présentent un certain nombre de risques, de lésion ou à l'inverse d'effacement de lésions cancéreuses non diagnostiquées. Ces risques justifient d'ailleurs qu'ils ne peuvent être pratiqués que par des médecins, conformément à l'arrêté du 6 janvier 1962, sauf à encourir le grief d'exercice illégal de la médecine (pour un rappel CE, 28 mars 2013, *M. U...*, n° 348089, aux Tables).

C'est dans ce cadre que des praticiens se sont émus de la montée en puissance d'établissements concurrents, instituts de beauté ou centres d'épilation, proposant des prestations semblables à des tarifs inférieurs, car selon eux pratiquées par des non-médecins. Souhaitant contrecarrer cette tendance, M. C... et M. A... ont cherché à emprunter plusieurs voies, en particulier la citation directe devant le juge judiciaire, ou le dépôt de plainte, visiblement sans suite tangible.

S'estimant confrontés à l'« inertie » de l'administration, et mettant en avant les risques encourus par les clients, les deux praticiens ont ensuite saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Ils demandaient que soit enjoint, d'une part, au directeur général de l'agence régionale de santé ou à toute autre autorité compétente, de faire procéder au contrôle des établissements proposant à Paris des prestations d'épilation au laser ou à la lumière pulsée et de transmettre les infractions relevées aux autorités compétentes et au parquet ; d'autre part, au préfet de police, de faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 222-6 du code de la consommation pour suspendre les activités pratiquées en méconnaissance de l'arrêté de 1962.

Leurs demandes ont été rejetées par une ordonnance n° 1412005/9 du 6 août 2014, contre laquelle ils se pourvoient en cassation.

L'ordonnance étant régulière, le principal moyen est tiré de **l'erreur de droit** qu'aurait commise le juge des référés en refusant de prononcer les mesures sollicitées au motif qu'elles « ne présentent pas un caractère provisoire et limité, visant à faire cesser un

péril grave ou immédiat, mais s'inscrivent dans le cadre d'une action à long terme » et qu'ainsi « elles n'entrent pas dans le champ » des mesures que le juge des référés mesures utiles est susceptible d'ordonner .

On est en première lecture gêné par la condition tenant au caractère « limité » des mesures, du moins si l'on entend par là une limitation quantitative. La mise en place d'un plan de contrôle de l'ensemble des établissements par l'ARS ou les services de la répression des fraudes, est une mesure de grande ampleur. **Mais ni la notion de mesures « provisoires », c'est-à-dire réversibles, ni celle de mesures conservatoires, c'est-à-dire de mesure visant selon les termes du professeur Chapus à « préserver l'avenir » (*Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., n° 1613), n'excluent le prononcé de mesures lourdes et coûteuses.** Tout dépend de la situation à laquelle il s'agit de remédier (*SAS L'Usine rouge Quai du petit port*, n° 366590, 1^{ère} SSJS).

Cependant, ce n'est pas cela qu'a selon nous voulu dire le juge des référés. Nous lisons son ordonnance comme ayant entendu se fonder, en des termes qu'il vous appartiendra sans doute de reformuler, **sur l'idée d'une limitation quantitative, qui sous-tend votre jurisprudence.**

Nous ne reviendrons pas sur le spectaculaire réveil du référé mesures utiles, décrit par Edouard Crépey dans ses conclusions sur l'affaire de Section *Section française de l'Observatoire international des prisons*. Nous insisterons simplement, en écho à l'image retenue par Didier Chauvaux dans ses conclusions sur l'affaire de Section, *E...* (CE, Sect., 18 juil. 2006, n° 283474, au Recueil) **sur les potentialités tout à fait « vertigineuses » de ce juge**, qui peut être saisi directement, en l'absence de toute contestation principale et, surtout, dont les pouvoirs ne sont bornés, à la lettre, que par « l'utilité » des mesures demandées, là où ses homologues des articles L. 521-1 et L. 521-2 évoluent sur le terrain plus bordé et familier de la légalité.

Le principal remède à ce vertige tient aux conditions venant encadrer l'intervention de ce juge : l'urgence, l'absence d'obstacle mis à l'exécution d'une décision administrative (mentionnées à l'art. L. 521-3), le caractère provisoire (art. L. 511-1) ou « conservatoire » (CE, 29 avr. 2002, *M. F...*, n° 240322, aux Tables) des mesures prononcées, ou l'absence de contestation sérieuse. Vous avez, par petites touches, précisé la portée exacte de ces conditions et leur limites, animés par **le double souci d'assurer l'effet utile du référé mesures utiles, et d'en marquer les limites, compte tenu de son objet, de l'existence d'autres voies de droit et de la procédure très légère prévue par le législateur**, en particulier l'absence d'audience publique systématique.

Il vous revient d'apporter une touche supplémentaire à ce tableau, en rappelant ou précisant deux séries de limites à l'office du juge du référé mesures utiles.

- La première limite est la confirmation récente, en Section du contentieux, de l'interdiction faite au juge du référé mesures utiles d'ordonner à l'administration l'adoption d'actes réglementaires (JRCE, ord., 29 mai 2002, *Syndicat « Lutte pénitentiaire »*, n° 247100, aux Tables).

Cette solution repose pour l'essentiel sur **une double justification**. D'une part, l'édition d'actes réglementaires n'est **pas « provisoire »** – même si un acte réglementaire à

durée limitée, dans l'attente du jugement au fond, n'est pas chose inconcevable en référé-suspension (JRCE, *Société Aidop*, n° 240713, inédite). D'autre part, l'article L. 521-3 donne à ce référé **un caractère subsidiaire** par rapport au référé-suspension et au référé-liberté. Or, il est toujours possible de demander la suspension d'un refus illégal de prendre un acte réglementaire.

Cette solution peut d'ailleurs être appliquée, en l'espèce, à une partie au moins de la demande de première instance de MM. C... et A... Vous avez jugé, dans une décision du 28 juillet 2000, *Association Force Ouvrière consommateurs et autres* (n° 212115 et 212135, au Recueil) que les mesures par lesquelles les ministres compétents interdisent ou restreignent la mise sur le marché d'un produit en vertu de l'article L. 221-5 du code de la consommation présentent un caractère réglementaire. Il en va autrement si une telle mesure concerne « un seul produit ou une seule entreprise » (CE, 27 avr. 1988, *Société Bernard Carant et Compagnie*, n° 63772, au Recueil).

Cette solution nous semble transposable à l'interdiction d'une prestation de service, prononcée par le préfet, sur le fondement de l'article L. 211-6, dès lors qu'une telle mesure d'interdiction ne vise pas un établissement donné, mais une catégorie de prestataires. Tel était bien l'objet de la demande de première instance. On pourrait au demeurant s'interroger sur l'utilité, au sens de l'article L. 521-3 comme au sens commun du terme, d'une telle mesure, qui consiste à suspendre des activités interdites. Mais en amont même de l'appréciation de l'utilité, vous pourriez juger que ce chef de demande n'entre pas dans le champ de l'article L. 521-3. **Vous pourriez substituer ce motif à celui qu'a retenu, sur ce chef de demandes, l'ordonnance.**

- Nous en venons à la deuxième limite aux pouvoirs du juge des référés, que nous vous proposons d'opposer à l'autre chef de demandes des requérants – le lancement d'un contrôle de tous les établissements du secteur – même si vous ne pourrez pas, sur ce point, vous couler parfaitement dans le moule d'un précédent.

A vrai dire, **vous pourriez être tentés de vous situer sur le terrain de l'urgence**, ou sur celui de **l'utilité**. Il n'est pas démontré, en l'espèce, qu'une urgence justifierait que, de manière générale, soit définie et mise en œuvre une politique complète de contrôle du secteur. La probabilité, voire la certitude, que l'infraction d'exercice illégal de la médecine soit commise à grande échelle nous paraît insuffisante à caractériser l'urgence, qui s'apprécie de manière concrète. **Mais, d'une part, ce terrain de rejet vous est inaccessible en cassation. Et d'autre part, il nous semble exister un coupe-circuit plus en amont dans le raisonnement.**

Nous ne trouvons pas prioritairement ce coupe-circuit dans la condition tenant au caractère « provisoire ou conservatoire » des mesures concernées. Diligenter un contrôle pour s'assurer du respect de la réglementation n'est pas complètement étranger à la notion de mesure conservatoire. **Nous le trouvons, premièrement, dans l'idée de subsidiarité** entre l'article L. 521-3 et les articles L. 521-1 et L. 521-2. La voie procédurale normale, pour obtenir une telle action de l'administration, est de la saisir d'une demande tendant à ce qu'elle fasse usage de ses pouvoirs de police – non pas pour édicter une réglementation mais pour la faire appliquer - avant de contester son refus par la voie du recours pour excès de pouvoir assorti, le cas échéant, d'une demande de suspension (voyez par exemple, CE, 3 avr. 1968, *J...*, n° 72861, au Recueil).

Mais la subsidiarité ne saurait suffire. Vous admettez une certaine forme de concurrence entre les différents référés, pour faire cesser un péril (CE, Sect., *Ville de Paris et société d'économie mixte PariSeine*, n° 353172, au Recueil). Surtout, opposer de manière trop rigide cette subsidiarité priverait d'intérêt l'article L. 521-3, dès lors qu'il est toujours possible de demander quelque chose à l'administration, et il est souvent possible d'attaquer ses refus devant le juge.

Cependant, il ressort de votre jurisprudence que, pour ouvrir au justiciable le circuit court de l'article L. 521-3, vous tenez compte bien sûr de l'urgence et de la gravité du péril en cause. Vous dispensez du circuit long – le passage préalable devant l'administration – lorsque ce circuit long est irréaliste ou impossible, sauf à accepter le fait accompli. Cette considération sous-tend la veine *E...*, tout comme la possibilité d'actionner le référé mesures-utiles pour obtenir en temps utile la communication de documents administratifs (CE, 26 mars 1982, *Ministre de l'intérieur c/ Z...*, au Recueil p. 137 ; CE, 29 avr. 2002, *Société Baggerbedrijf de Boer*, n° 239466, aux Tables, dispensant de la saisine de la CADA).

Mais il nous semble que vous tenez aussi compte **du pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration pour décider du principe ou de la consistance des mesures à arrêter**, en ouvrant d'autant plus volontiers le référé mesures utiles que l'administration est en situation de compétence liée. En bref, ce sont les cas où le circuit long est inutile. Voyez votre jurisprudence *M...* (CE, Sect. 26 févr. 2004, n° 256719, au Recueil), admettant qu'il soit enjoint au maire, qui était tenu de le faire, de faire dresser un procès-verbal d'infraction et d'édicter un arrêté interruptif de travaux, en cas de suspension du permis par une précédente décision du juge administratif. Voyez aussi *Société Rhône Vision Cable*, (CE, 9 juil. 2008, n° 309878, aux Tables). Si vous tenez compte du pouvoir d'appréciation de l'administration, c'est essentiellement pour éviter la substitution pure et simple du juge à l'administration.

C'est là le deuxième fondement de la solution que nous vous proposons. Il inspire votre précédent de section, le pouvoir réglementaire étant le siège par excellence d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut inspirer le cas présent. D'abord, parce que, **pour faire respecter les lois et règlements, en particulier de police, l'administration dispose de toute une palette de pouvoirs dont la variété justifie**, précisément, que le refus d'exercer une prérogative donnée face à une situation illicite ne soit pas systématiquement jugé illégale (v., très explicite, CE, 26 nov. 1975, *N... et Ministre délégué auprès du Premier ministre chargé de la protection de la nature et de l'environnement c/ G...*, n° 90114, aux Tables), ni que la carence de l'autorité compétente soit toujours jugée fautive. Ensuite, parce que **le juge n'est pas le mieux placé pour ordonner à l'administration d'établir un plan de contrôle** qui peut, compte tenu du caractère limité des ressources et effectifs dont dispose l'administration, venir heurter d'autres priorités, qu'il ignore, encore plus urgentes et périlleuses. Comme le relevait à juste titre Edouard Crépey dans ses conclusions sur l'affaire de Section SFOIP, « le référé conservatoire a pour objet d'apporter une réponse aux besoins propres du demandeur, c'est-à-dire à une « utilité » qui n'est pas “ l'utilité commune ” ». La focale étroite du juge n'est pas adaptée à la définition de la bonne allocation des moyens de contrôle de l'administration, qui suppose une vue d'ensemble, la conciliation d'objectifs et d'injonctions contradictoires, et des choix, au sens fort, de politique publique.

Vous pourriez ainsi juger **qu'eu égard au pouvoir d'appréciation dont est investie l'administration pour mettre en œuvre les différents moyens dont elle dispose pour**

assurer le respect des lois et règlements, la demande de MM. C... et A..., tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration, **de manière générale**, de procéder au contrôle de l'ensemble des établissements proposant à Paris des prestations d'épilation au laser ou à la lumière pulsé et de transmettre les infractions relevées aux autorités compétentes et au parquet, n'est pas au nombre de celles qui peuvent être présentées au juge sur le fondement de l'article L. 521-3. Pour le dire autrement, elle tend au prononcé de **mesures constitutives d'une politique publique** – notion difficile à appréhender en droit mais qui correspond à ce que nous vous proposons.

Etant donné que c'est ce que le juge des référés a selon nous entendu dire, vous pourrez écarter le moyen d'erreur de droit.

Une dernière question doit être abordée. **Vous faut-il réserver expressément l'hypothèse où le requérant viendrait pointer la situation d'un établissement donné, en établissant que d'y déroulent des pratiques illicites, dans des conditions mettant en péril la santé des patients ?** Y compris pour répondre à une situation donnée, l'administration dispose d'une palette de pouvoirs, et il est possible de lui demander préalablement d'agir. Mais il est vrai que, **dans le triangle formé par l'urgence, la marge d'appréciation de l'administration et la subsidiarité des recours, l'urgence peut vous conduire à relâcher votre degré d'exigence sur les deux autres sommets.** On ne peut donc pas exclure qu'il y ait matière à référé mesures utiles, mais **il faudrait à nos yeux que soit pointée une situation déterminée, et un pouvoir déterminé de l'administration.** Ici, en tout état de cause, le caractère général des mesures demandées règle la difficulté.

Et par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.