

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Par une délibération du 18 décembre 1987, le conseil municipal de Mably a décidé la création d’une chambre funéraire et autorisé le maire à passer une convention avec la société des pompes funèbres régionales roannaise Paire (PFRR) pour son exploitation. Ainsi, en 1988, la commune a cédé à cette société un terrain sur lequel celle-ci a fait bâtir la chambre funéraire, ses locaux commerciaux, ainsi que des locaux à usage d’habitation. Et, la même année, la société a conclu avec la commune une convention portant, entre autres, sur la prise en charge gratuite des indigents domiciliés ou décédés sur le territoire de la commune, convention dont la durée était de 25 ans, avec renouvellement par tacite reconduction pour des périodes de 3 ans.

En 1997, la société PFRR Paire a cédé son fonds de commerce à la société Pompes funèbres du sud-est, depuis absorbée par la société OGF, tout en conservant la propriété des locaux, qu’elle a donc donné à bail à la nouvelle société exploitant l’activité de pompes funèbres. A cette occasion, la société PFRR Paire a modifié sa dénomination sociale pour devenir la société PFRM Paire.

A la suite d’un rapport de la chambre régionale des comptes (CRC) d’Auvergne Rhône Alpes, la commune, estimant que l’activité d’exploitation de la chambre funéraire relevait en réalité d’une délégation de service public, a décidé de ne pas reconduire la convention qui la liait depuis 1988 à la société PFRR Paire devenue PFRM Paire et de seulement prolonger cette convention d’une année, le temps de procéder à une nouvelle attribution de la délégation de service public. La société PFRM Paire, aux droits de laquelle est venue la société roannaise d’immobilier, a contesté sans succès ces deux décisions devant le TA puis la CAA de Lyon, et vous avez refusé d’admettre, le 27 juin dernier, les pourvois en cassation qu’elle avait formés dans ces deux affaires.

Saisi par la commune de Mably d'un référé « mesures utiles », le juge des référés du TA de Lyon a ensuite, par une ordonnance du 6 octobre 2020, devenue définitive après que vous avez refusé d'admettre le pourvoi contre elle, enjoint à la société PFRM Paire de mettre la chambre funéraire à disposition de la commune. Puis, le 10 décembre 2020, la commune a conclu avec la société OGF un contrat de concession du service public funéraire, qui implique l'utilisation de cette chambre funéraire. La société PFRM Paire a alors formé un recours « Tarn-et-Garonne » (CE, Assemblée, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994, p. 70) contre ce contrat. Mais, par une ordonnance du 3 mars 2021, le président de la 3^{ème} chambre du TA de Lyon, qui avait déjà statué, comme juge des référés, sur le référé « mesures utiles » de la commune, a rejeté ce recours comme manifestement irrecevable au motif que la société ne justifiait pas d'un intérêt suffisamment direct et certain. La CAA de Lyon ayant rejeté son appel contre cette ordonnance, par un arrêt du 21 juillet 2022, la société roannaise d'immobilier, venue aux droits de la société PFRM Paire, a formé le pourvoi en cassation que vous examinez aujourd'hui.

Son premier moyen pose une question délicate d'impartialité objective laquelle, vous le savez, se traduit par une exigence d'apparence¹, ce qui peut s'opposer à ce qu'un juge se prononce sur une affaire dont il a, indirectement, déjà eu connaissance dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles. Il n'est pas facile de synthétiser votre jurisprudence en la matière : pour concilier au mieux le respect de la « théorie des apparences » avec un pragmatisme sans lequel il n'est pas de fonctionnement efficace des juridictions, vous évitez en effet les affirmations trop générales et avez opté pour une approche résolument casuistique. D'une collection de cas d'espèce qui commence à être fourni, nous nous risquerons toutefois à dégager quelques lignes directrices.

La première est que le seul fait d'avoir eu à connaître d'un litige ou de certaines de ses données n'est pas, par lui-même, en règle générale, de nature à compromettre l'impartialité du juge². C'est ainsi que peut siéger dans une juridiction disciplinaire une personne qui a déjà eu à connaître du comportement de la même personne pour des faits de même nature (CE, 27 juillet 2001, *M. C...*, n° 228953, T. pp. 1138-1143-1173) ; que la même formation de jugement peut se prononcer sur le même litige après la cassation de la décision qu'elle a

¹ Selon l'adage « *Justice must not only be done; it must also be seen to be done* », cité notamment par la CEDH dans l'arrêt *Delcourt c Belgique* et qu'elle développe ainsi : « [...] *En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance [...] Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif [...] l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* » (CEDH, 24 mai 1989 *Hauschildt c/ Danemark*, § 48).

² Comme le disait la présidente de Silva dans ses conclusions sur CE, 17 juillet 2009, *Elections municipales de Roquefort-les-Pins (Alpes-Maritimes)*, n°317566, T. pp. 769-819 : « *Vous avez, aussi, refusé une application trop extensive et mécanique de la « théorie des apparences », qui disqualifierait par principe un juge au seul motif qu'il a déjà eu à connaître, par le passé, de la même affaire* ».

rendue, alors même que l'article L. 821-2 du CJA prévoit en principe le contraire (CE, Section, 11 février 2005, *Commune de Meudon*, n°258102, p. 55)³ ; ou encore qu'un juge ayant rendu une décision peut statuer sur le recours en tierce opposition contre elle (CE, 10 décembre 2004, *Société Resotim*, n° 270267, T. pp. 755-853).

En réalité, lorsqu'un juge statue sur un litige dont il a déjà eu à connaître en tout ou partie, son impartialité n'est compromise que s'il a « préjugé » l'affaire, c'est-à-dire qu'il a déjà tranché la même question dans des conditions procédurales « au moins aussi engageantes », si vous nous autorisez l'expression. Tel le cas, évidemment, lorsque la seconde procédure consiste en substance à juger la première. C'est ainsi qu'un juge de première instance ne peut siéger en appel de la décision qu'il a rendu (CE, 30 novembre 1994, *P...*, n° 123452, T. p. 763 ; CE, 5 mars 2003, *M. et Mme R...*, n° 241763, p. 112) et, de même, qu'un juge ne peut statuer sur le recours en rectification d'erreur matérielle dirigé contre une décision qu'il a rendue (CE, 22 juin 2005, *M et Mme H...*, n° 261847, p. 248)⁴. Vous considérez également que l'impartialité du juge n'est pas garantie lorsqu'il avait exercé, pour trancher la même question la première fois, un office similaire à celui qu'il exerce la seconde fois. Il en va ainsi, par exemple, du juge qui a tranché une question pour statuer sur un référé provision et qui la retrouve dans le cadre d'un référé « mesures utiles » (CE, 7 décembre 2006, *Mme S...*, n° 294218, T. p. 1008) ou de celui qui a tranché une question comme juge du référé précontractuel et qui la retrouve comme juge du référé suspension (CE, 3 février 2010, *Communauté de communes de l'Arc Mosellan*, n° 330237, T. pp. 858-898).

En revanche, l'impartialité n'est pas méconnue lorsque l'office du juge dans le cadre de la première procédure est plus limité que dans le cadre de la seconde, de sorte que le juge n'est pas regardé comme ayant déjà tranché la même question et ainsi préjugé l'affaire. C'est ainsi que le juge du référé suspension peut statuer au fond, sous réserve qu'il n'ait pas pris parti dans son ordonnance sur la recevabilité du recours au fond (voyez, sur le principe, CE, Section, 13 mai 2004, *Commune de Rogerville*, n° 265184, p. 223 et, sur la réserve, CE, 30 janvier 2017, *M. X...*, n° 394206, T. pp. 655-734-736-748). De la même façon, un juge ayant statué sur un recours en contestation du refus de délivrance d'un récépissé de dépôt de candidature, peut, eu égard aux spécificités procédurales de ce premier recours, statuer sur le recours contre les opérations électorales, à l'occasion duquel le grief tiré de l'illégalité du

³ Comme l'indique la présidente de Silva dans ses conclusions sur cette affaire, la CEDH ne critique pas cette configuration : CEDH, 16 juillet 1971, *Ringelsen c. Autriche*, série A n° 1 p. 40. Voyez aussi, pour un cas proche, CE, 8 avril 2019, *Association Koenigshoffen Demain*, n° 426820, aux Tables : un juge ayant statué sur une décision peut, après cassation du jugement, se prononcer en tant que juge des référés sur une demande de suspension de cette même décision

⁴ Si vous ne raisonnez pas de la même manière en matière de tierce opposition, c'est que vous estimez alors qu'il ne s'agit pas de demander au juge de désavouer sa première décision mais d'obtenir une réouverture de l'instruction au vu d'éléments nouveaux. Et, si la solution est également différente lorsqu'une juridiction est ressaisie d'un litige après cassation, c'est que, la décision de cassation faisant disparaître la décision initiale, la juridiction est censée statuer pour la première fois.

refus de délivrance peut pourtant être invoqué (CE, 17 juillet 2009, *Elections municipales de Roquefort-les-Pins (Alpes-Maritimes)*, n°317566, T. pp. 769-819). Enfin, pour prendre un dernier exemple, le juge qui a statué sur une demande d'aide juridictionnelle peut statuer ensuite sur le recours, alors même que dans sa 1^{ère} décision il a porté une appréciation sur le sérieux du recours (CE, Section, 12 mai 2004, *H...*, n°261826, 262025, p. 224).

Dans ce cadre jurisprudentiel, où se situe l'affaire que vous examinez aujourd'hui ? Dans le cadre du référé « mesures utiles » formé par la commune de Mably, le juge a, eu égard aux motifs de son ordonnance, tranché la question de la propriété de la chambre funéraire : s'il a fait droit à la demande d'injonction de la commune, c'est qu'il a estimé que la société PFRM était liée à la commune par une concession de service public depuis 1988 et qu'il a qualifié la chambre funéraire de bien de retour, c'est-à-dire de bien appartenant à la personne publique dès son apport au contrat de concession et ne faisant que revenir effectivement à la personne publique au terme du contrat. Or, dans le cadre de son recours en contestation de validité du nouveau contrat de concession, la société se prévalait, pour justifier de son intérêt à agir, de sa qualité de propriétaire du bien faisant partie de la concession. Apprécier la recevabilité de ce recours posait donc au président de la 3^e chambre du TA la même question que celle sur laquelle il avait déjà pris position comme juge du référé « mesures utiles ». Et il nous semble que, lorsqu'il avait rencontré cette question la première fois, il l'avait bel et bien tranchée de manière pleine et entière, et pas simplement en se prononçant dans le cadre d'un office limité, comme il l'aurait fait s'il s'était, par exemple, simplement prononcé sur le caractère sérieux de cette question. Dès lors, nous pensons qu'il était impossible à ce magistrat de statuer. A cet égard, nous insistons sur le fait que la seule chose qui compte, à nos yeux, était que la question posée par la seconde procédure était la même que celle que le magistrat avait déjà tranchée. Peu importe la façon dont celui-ci, dans cette seconde procédure, a appréhendé la question et dont il y a répondu. Si un juge ne peut statuer sur un litige parce qu'il l'a déjà préjugé, peu importe par quel motif il règle ce litige, cela n'enlève rien au fait qu'il l'avait déjà préjugé et qu'il n'était pas impartial aux yeux du requérant. Ainsi, nous semble sans incidence le fait que le président de la 3^e chambre du TA, dans son ordonnance, contourne quelque peu la question de la propriété de la chambre funéraire, en semblant plutôt se fonder sur la circonstance que la contestation de la validité du nouveau contrat de concession soulève un litige distinct de celui relatif à la restitution des biens de retours à expiration de l'ancien contrat. Et, de la même façon, la cour nous semble avoir eu tort de se fonder, pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité, sur le fait que le président de la 3^{ème} chambre du TA a rejeté le recours « Tarn-et-Garonne » de la société pour irrecevabilité et pas au fond.

Ajoutons enfin une dernière considération qui achève de nous convaincre : si la collégialité constitue une garantie d'impartialité tant subjective qu'objective, à l'inverse, le risque de préjugement d'une affaire est d'autant plus grand que le juge statue seul. Or, dans l'affaire que vous examinez aujourd'hui, les deux fois où il a dû se prononcer, le juge a décidé seul.

Au total, vous l'avez compris, nous vous invitons donc à juger que la cour a commis une erreur de droit en estimant que le même magistrat avait pu, sans méconnaître le principe d'impartialité, statuer successivement sur le référé de la commune et sur le recours de la société en contestation de la validité du nouveau contrat.

Si vous ne nous suivez pas, ou si vous voulez pleinement éclairer la cour sur ce qu'il lui appartiendra de faire après que vous lui aurez renvoyé l'affaire, il vous faudra examiner également le deuxième moyen soulevé par la société requérante, tiré de ce que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et inexactement qualifié les faits en jugeant qu'elle n'avait pas intérêt à agir en contestation de la validité du nouveau contrat de concession.

La branche d'insuffisance de motivation du moyen nous paraît manifestement infondée : la cour a bien répondu aux moyens par lesquels la société contestait l'irrecevabilité qui lui avait été opposée en première instance et elle n'était pas tenue de répondre précisément à tous les arguments avancés au soutien de ces moyens.

Plus intéressante est la branche d'erreur de qualification juridique des faits, étant précisé que tel est bien votre contrôle de cassation (CE, 2 décembre 2022, *M. D...*, n° 454323, T. pp. 735-805-547 sur un autre point).

A cet égard, soulignons en premier lieu que nous pensons que la qualité de propriétaire d'un bien dont l'usage est l'objet d'un contrat est de nature à donner intérêt à contester la validité de ce contrat. Attention, il faut bien pour cela, selon nous, que l'usage du bien soit l'objet du contrat et non pas seulement une modalité de son exécution. Vous avez en effet jugé à au moins deux reprises que la question de la disponibilité d'un bien nécessaire à l'exécution d'un contrat était étrangère à sa validité (CE, 30 novembre 2018, *Société CDA Publimédia*, n° 414377, T. pp. 580-585-770 ; CE, 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entrepôt de grains*, n° 427216, T. pp. 830). Mais, dans la présente affaire, contrairement à ces précédents, est bien en cause la concession d'un service portant notamment sur l'exploitation du bien dont la propriété est revendiquée par le requérant.

En second lieu, il nous semble que le juge du contrat peut refuser d'admettre l'intérêt à agir d'un requérant qui revendiquerait une qualité manifestement non établie, ou une qualité qu'il n'étayerait pas suffisamment alors qu'elle serait sérieusement contestée en défense. Mais pour autant, si la qualité revendiquée par un requérant est suffisamment étayée, nous croyons qu'il ne suffit pas qu'elle fasse l'objet d'une contestation, même contentieuse, pour que vous refusiez de l'admettre. Dans le cas contraire, vous fermeriez votre prétoire à des requérants dont il s'avèrerait ultérieurement, une fois réglé le litige sur la qualité qu'ils revendiquaient, qu'ils avaient en réalité bel et bien intérêt à agir. Et il nous semble également que vous ne sauriez exiger du juge qu'il tranche, au moment d'apprécier la recevabilité d'une requête, un

éventuel litige relatif à la qualité invoquée par le requérant, sauf à lui demander de se substituer au juge saisi au principal de ce litige. A titre de comparaison, rappelons que vous avez jugé, certes en excès de pouvoir et dans le cas très particulier du contentieux de l'urbanisme, qu'il appartient au juge d'apprécier la recevabilité de la requête « *au vu des éléments (...) versés au dossier par les parties, en écartant le cas échéant les allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, mais sans pour autant exiger de l'auteur du recours qu'il apporte la preuve du caractère certain des atteintes qu'il invoque au soutien de la recevabilité de celui-ci* » (CE, 10 juin 2015, *M. B... et Mme G...*, n° 386121, p. 192 ; CE, 13 avril 2016, *M. BB...*, n°389798, p. 135).

Au cas d'espèce, la société requérante se prévalait de sa qualité de propriétaire du bien dont l'exploitation est l'objet de la concession, et sa revendication n'est pas dénuée de sérieux. Cette qualité est certes contestée par la commune, qui revendique elle aussi la propriété de la chambre funéraire, mais cette contestation n'a jamais été tranchée par une décision ayant l'autorité de la chose jugée, puisque l'ordonnance du juge du référé mesures utiles n'en est pas revêtue⁵. Dans ces conditions, et sans que cela préjuge du point de savoir qui est le véritable propriétaire de la chambre, cette contestation ne nous paraît pas avoir été de nature à remettre en cause la recevabilité du recours de la société, dont l'intérêt à agir était, à nos yeux, constitué. En jugeant le contraire, la cour a donc, selon nous, inexactement qualifié les faits de l'espèce.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire devant la cour administrative d'appel de Lyon ;
- à ce que vous mettiez à la charge de la commune de Mably une somme de 3 000 euros à verser à la société roannaise d'immobilier au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et enfin à ce que vous rejetiez les conclusions présentées au titre du même article par la commune de Mably.

⁵ En somme, d'une certaine façon, nous vous proposons d'accueillir le premier moyen du pourvoi, tiré du défaut d'impartialité, parce que le juge avait « trop » tranché la question de la propriété de la chambre lorsqu'il l'avait rencontrée la première fois, mais de retenir aussi ce second moyen du pourvoi, parce que cette question n'avait toutefois pas été « suffisamment » tranchée pour que l'on puisse considérer que la qualité de propriétaire invoquée par la société n'était pas établie. Nous ne croyons pas qu'il y ait là un paradoxe : un juge peut s'être prononcé sur une question sans pour autant l'avoir fait par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée.