



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

QUAND LE CONSEIL D'ETAT N'AVANCE PLUS MASQUE POUR REAFFIRMER QU'IL EST, MEME EN JURIDICTION, LE CONSEIL « D'ETAT » ET NON « DES COLLECTIVITES »

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2020) [« Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil «d'Etat» et non «des collectivités» » ; Observations sur CE, Ord., 17 avril 2020, Commune de Sceaux \(n°440057\) à propos de l'obligation du port du masque dans l'espace public \(municipal\) ; Art. 292. Journal du droit administratif.](#)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

QUAND LE CONSEIL D'ETAT N'AVANCE PLUS MASQUE POUR REAFFIRMER QU'IL EST, MEME EN JURIDICITION, LE CONSEIL « D'ETAT » ET NON « DES COLLECTIVITES »

Ce vendredi, dans la soirée, le juge des référés du Conseil d'Etat a rendu son ordonnance dans la médiatique affaire impliquant la commune de Sceaux dont le maire avait imposé le port du masque de protection dans l'espace public municipal et ce, afin d'en protéger les habitants face à la pandémie du Covid-19 alors que l'Etat n'avait pas imposé « à ce jour, le port de masques de protection, dans tout ou partie de l'espace public » par son décret en vigueur (n°2020-293) du 23 mars 2020.

Du point de vue des qualifications, l'acte administratif, daté du 06 avril 2020, par ses dispositions générales (s'appliquant sur tout le territoire communal) et portant atteinte aux libertés individuelle (y compris de se vêtir à l'envi) et d'aller et de venir, est manifestement un acte administratif de police administrative générale pris au titre des art. L 2212-1 et s. du Code Général des Collectivités Territoriales (Cgct). Toutefois, son édicition se heurtait à l'existence – récente – d'un pouvoir de police spéciale issu de la Loi n°2020- 290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 » (NOR: PRMX2007883L) prévoyant non seulement l'hypothèse d'un état d'urgence sanitaire (art. L 3131-12 et s. du Code de la Santé Publique (Csp)) mais encore (art. L 3131-15 et s. du même Code) celle d'une nouvelle police administrative spéciale pour garantir la santé publique en cas dudit état d'urgence et ce, (sauf délégation) aux seuls profits du Premier ministre et du ministre de la santé. S'appliquait donc ici a priori une hypothèse classique de concours de polices administratives spéciale et générale (I). Toutefois, par les termes employés, le Conseil d'Etat, statuant en appel d'une première ordonnance, (n°2003905) datée du 09 avril 2020, du juge des référés du Tribunal Administratif (TA) de Cergy-Pontoise prescrivant la suspension de l'arrêté litigieux, va émettre – à nos yeux – une nouvelle condition à ce concours de polices : celle du maintien de l'Unité de l'Etat et ce, au détriment manifeste des collectivités territoriales (II).

I- Un concours « classique » de polices administratives spéciale et générale mu par l'existence tout autant « classique » des circonstances locales potentiellement dérogatoires

Il convient d'abord, selon nous, d'étudier la présente ordonnance dans le cadre connu ou « habituel » des concours de polices administratives (B) même si le présent contentieux a réuni des parties habituellement plus opposées que réunies (A).

A- Une union Léviathan des forces contre un arrêté municipal

Sans en faire un long argumentaire, il nous semble intéressant au titre de la science administrative de remarquer que lors de l'appel opposant les parties au contentieux (la commune de Sceaux et l'association Coronavictimes (sic), d'une part, et l'Etat (par le biais du ministère de l'Intérieur) et la Ldh, d'autre part), on a presque assisté au mariage de la carpe et du lapin (s'agissant des parties en défense) ce qui n'a pas manqué d'échapper à Jean-Baptiste Jacquin dans l'édition du Monde datée du 17 avril 2020. Etaient en effet en défense d'un même objectif (celui de la suspension confirmée de l'arrêté municipal) deux personnes morales habituellement opposées au prétoire.

L'une, l'Etat, défendait la sécurité sanitaire une et nationale (mise en cause selon elle en ce que l'arrêté municipal s'opposerait de façon frontale aux mesures étatiques estimées suffisantes) et l'autre, la Ldh, les droits et libertés des citoyennes et des citoyens à ne pas obligatoirement se masquer étant entendu que le confinement imposé depuis mars 2020 apportait déjà une importante restriction auxdits droits et libertés. Défenses des sécurité et liberté ainsi réunies comme d'aucuns avaient pu le rêver dans ce monstre mythique qu'est le Léviathan dont chacun pourra constater (par l'histoire comme par la littérature) qu'il est bien rare, surtout en période de crise(s), que ce soit la liberté qui en triomphe. Quoi qu'il en soit, étaient bien liées, contre cet arrêté, l'Etat et la Ldh faisant bien comprendre au juge et aux citoyens que la décision ici rendue vaut certes spécialement pour la commune de Sceaux mais aussi, à titre d'exemple, pour tous les maires prêts à dégainer des arrêtés similaires.

B- L'application en référé de la vénérable jurisprudence Soc. les films Lutétia

En partie, pourtant, la présente ordonnance n'est qu'une application de la fort classique jurisprudence CE, Sect., 18 décembre 1959, SARL Les films Lutétia & alii (Rec. p. 693) en matière de cumul ou de concours de polices administratives spéciale et générale. En effet, rappelle solennellement le Conseil d'Etat en son point 06 :

« Les art. L. 2212 1 et L. 2212 2 du Cgct (...) autorisent le maire, y compris en période d'état d'urgence sanitaire, à prendre les mesures de police générale nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques dans sa commune. Le maire peut, le cas échéant, à ce titre, prendre des dispositions destinées à contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'Etat, notamment en interdisant, au vu des circonstances locales, l'accès à des lieux où sont susceptibles de se produire des rassemblements. En revanche, la police spéciale instituée par le législateur fait obstacle, pendant la période où elle trouve à s'appliquer, à ce que le maire prenne au titre de son pouvoir de police générale des mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire, à moins que des raisons impérieuses liées à des circonstances locales en rendent l'édiction indispensable ».

Ainsi, à la question posée : « un maire peut-il prendre un acte de police administrative générale alors que s'applique déjà la police spéciale d'application de l'état d'urgence sanitaire ? », le Conseil d'Etat répond par l'affirmative, si et seulement si, « des raisons impérieuses liées à des circonstances locales en rendent l'édiction indispensable ». Pour ce faire, le juge opère en trois temps classiques : d'abord, il affirme la primauté de la police spéciale sur la police générale ce qui est éminemment logique puisque, par définition, une police générale à vocation à s'effacer dès qu'une norme spéciale y déroge. Par suite, il est a priori impossible qu'un maire, au moyen d'une police générale, entende régir un domaine spécialement réservé à la compétence d'une autre autorité. Toutefois, l'existence de circonstances locales peut justifier la seule aggravation des mesures instaurées par la police spéciale. C'est là l'essence même de la jurisprudence Films Lutetia précitée. D'ailleurs, dans sa première importante ordonnance du 22 mars 2020 (CE, ordonnance, 22 mars 2020, Syndicat Jeunes Médecins & alii.(req. 439674) avec nos observations au Journal du Droit Administratif) (à propos d'un concours de polices générales certes), le Conseil d'Etat l'avait explicitement énoncé et rappelé ce qui a justifié pare

exemple, sur quelques territoires locaux, l'existence de couvre-feux passés certaines heures alors qu'au niveau national une telle mesure n'avait pas été prise outre le confinement (c'est en ce sens la décision prise par la mairie de Nice sans avoir été, à ce jour, suspendue de façon juridictionnelle à la différence de quelques autres localités à propos desquelles les circonstances locales n'ont pas été estimées justifiées ; cf. a pari : la suspension ordonnée du couvre-feu institué le 25 mars 2020 dans la commune de Saint-Ouen : TA de Montreuil, ordonnance, 03 avril 2020, M. R. (req. 2003861)).

Etonnamment pourtant, la Ldh semblait ici estimer que la seule existence de la police spéciale Covid-19 excluait a priori toute autre police y compris générale municipale ce qui nous semblerait singulièrement dommageable puisque niant l'existence potentielle de circonstances locales. En ce sens soutenait l'association :

« le maire n'est pas compétent pour faire usage de ses pouvoirs de police générale dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire dès lors que (...) l'article L. 3131-17 Csp réserve au seul représentant de l'Etat territorialement compétent, habilité par le Premier ministre ou le ministre chargé de la santé, le pouvoir de prendre des mesures tendant à la mise en œuvre du régime d'état d'urgence sanitaire », seul les préfets étant potentiellement habilités selon le Code précité « à prendre des mesures plus restrictives que les siennes concernant les règles de confinement de la population ».

On notera, en outre, que les conditions (d'urgence et d'atteinte potentielle et immédiate à une liberté fondamentale) de formation du référé-liberté au regard de l'art. L 521-2 du Code de Justice Administrative, qui sont celles qu'a priori le juge discute en premier pour savoir si le recours formé devant lui est recevable, n'ont ici été examinées qu'en fin d'ordonnance comme si elles importaient peu – au fond – face au caractère médiatique et symbolique, pour l'Etat et toutes les communes de France, de la réponse juridictionnelle apportée.

II- Un concours « étonnant » de polices administratives au prisme – non masqué – de l'Unité de l'Etat

Si la Haute juridiction s'en était tenue à l'énoncé précédent, il n'y aurait rien de nouveau en droit administratif français. Toutefois, croyons-nous, un pas a été franchi (et il sera difficile d'y revenir) par l'action – décidément non masquée – du Conseil d'Etat en faveur de l'Unité de la République (A) ce qui ne laisse pas d'interroger sur la légitimité de ses fonctions cumulées (B).

A- Affirmer la République une et indivisible plus encore que décentralisée

Selon l'article premier de la Constitution du 04 octobre 1958, « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ». Ici encore, nous trouvons un principe : la République est une et indivisible (c'est donc un Etat unitaire au sens du droit constitutionnel) mais ce principe connaît un aménagement puisque l'organisation de l'Etat est reconnue comme étant « décentralisée ».

Les libertés territoriales, depuis les différents « actes » décentralisateurs entamés à la suite du mouvement impulsé par le président Mitterrand depuis 1982, n'ont ainsi cessé d'amplifier leur étendue au point qu'il semble impensable, spécialement politiquement, de revenir en arrière. Toutefois, particulièrement en période de crise comme l'est celle, sanitaire, du Covid-19, l'Etat aime rappeler qu'il est, en République, le seul à avoir le premier et le dernier mot. S'il permet quelques dérogations et particularités sinon quasi autonomies territoriales, c'est dans le cadre entendu et respecté d'un Etat unitaire. L'Etat est d'ailleurs légitime à le faire mais le juge ? En ce sens, lorsque le Conseil d'Etat in fine du point 06 précité ajoute que la dérogation locale potentielle à la police nationale spéciale par police générale municipale doit être justifiée non seulement par « des raisons impérieuses liées à des circonstances locales en rendent l'édition indispensable » mais encore « à condition de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'Etat », n'ajoute-t-il pas un élément proprio motu ou au moins nouveau ?

Et est-ce bien à lui de le décider ?

B- Conseiller l'Etat ou le juger ?

En effet, en sa qualité de conseiller administratif et politique de l'Etat, l'institution est évidemment légitime à indiquer que, selon elle, et dans la grande tradition républicaine, l'Etat doit toujours primer sur les collectivités. Et si le Conseil d'Etat décide d'appuyer, en conséquence, le ministère de l'Intérieur en exigeant qu'une mesure municipale ne compromette pas « la cohérence et l'efficacité » des mesures étatiques, il n'y a aucune difficulté à ce qu'il en soit ainsi si c'est le conseiller qui parle.

Il y aurait pourtant beaucoup à dire et à écrire ici sur le caractère performatif des propos par lesquels le Palais royal relève (ou plutôt espère) une « cohérence » et une « efficacité » dans la politique sanitaire étatique alors que les mesures de confinement manifestement prises très (sinon trop) tardivement et l'absence cruelle de masques en nombre suffisant ont été constatées par tous les citoyens et ont été critiquées quasiment de façon unanime par les mondes et secteurs de la santé. Le présent arrêté municipal serait-il autant urgemment suspendu si la France avait à sa disposition suffisamment de masques ?

A ce propos, relevons que la commune de Sceaux justifiait son action liberticide en arguant de ce qu'elle cherchait non à restreindre davantage les libertés (et l'on veut bien croire que ce ne soit évidemment pas son but) mais à protéger mieux ses administrés estimant peut-être l'Etat défailant en la matière. Qu'arrivera-t-il alors si dans quelques temps on comprend et établit que l'Etat aurait dû agir ? Le juge administratif acceptera-t-il d'engager une responsabilité pour défaillance d'action (et donc incompétence négative) après avoir lui-même sanctionné le présent arrêté ? Quoi qu'il en soit, le conseiller de l'Etat peut être ce « bras armé » des gouvernants et c'est même son rôle mais le juge ?

En effet, le républicain Palais royal est aussi le plus haut juge de l'administration (et donc de ces mêmes gouvernants) ce qui le place parfois dans des situations schizophréniques. Car, nous ne croyons pas, en l'espèce, que c'est au juge – lors de l'examen de la légalité d'un arrêté municipal – d'affirmer (alors qu'il n'en avait pas besoin) cette exigence de non-compromission de la « cohérence » et de « l'efficacité » étatiques. Ainsi, au point 10 de l'ordonnance, en actant de ce que la commune de Sceaux ne démontrait pas – du seul fait d'une densité de population donnée et d'une part estimée importante de personnes âgées sur son territoire – de l'existence de circonstances locales particulières justifiant une aggravation des

mesures nationales de police spéciale, le Conseil d'Etat avait nul besoin d'invoquer la primauté de l'Unité de l'Etat.

S'il l'a fait, c'est uniquement, croyons-nous, pour éviter des futurs contentieux et asseoir ainsi une jurisprudence claire. Le procédé nous semble néanmoins dommageable en ce qu'il amplifie notamment le mouvement – de plus en plus tangible – d'accusations envers la juridiction administrative.

Et, si nous sommes parfois critiques envers le Conseil d'Etat (ce qui, du reste, est notre rôle d'universitaire particulièrement envers une institution aussi exceptionnelle), nous n'avons jamais pensé ou écrit qu'il s'agissait d'un organe toujours partial et dépendant du pouvoir exécutif. Bien au contraire, c'est parce que nous croyons en son indépendance et en son impartialité, que nous demandons depuis plusieurs années (et par exemple au chapitre 06 (p. 225 et s.) de nos Dix mythes du droit public (Paris, Lextenso ; 2019)) à ce qu'enfin les fonctions juridictionnelles et contentieuses de l'organe soient séparées de façon nette et définitive. Nous sommes effectivement convaincus de ce que tant que le Conseil d'Etat sera – dans un même lieu et sous un même nom et avec une seule et même personne (le vice-président) à la tête des deux dites fonctions – il tendra irrémédiablement la joue aux soufflets des opinions contraires.

Comment persister à croire et à ne pas voir qu'un juge administratif dont le nom est « Conseil d'Etat » comme en 1799 lorsqu'il n'était effectivement qu'un conseiller (y compris au contentieux) et non « juge » ou « Cour », crée nécessairement de la confusion dans l'esprit des citoyens et particulièrement des justiciables ? Il suffirait pourtant de peu pour éviter qu'à chaque fois qu'une décision déplaît à une partie, elle soit taxée d'être « pro » gouvernants. Comment le Conseil d'Etat ne voit-il pas cet avantage incommensurable ? La suspicion de la non-partialité de son juge est pourtant ce qu'il y a de pire en démocratie et il serait si simple d'évacuer ce sentiment. Ainsi que nous l'avons déjà écrit par ailleurs, nous ne prôtons pas pour autant la disparition du Conseil d'Etat, des missions qui lui sont dévolues et de ses membres ! Nous ne disons pas davantage qu'il faudrait couper tous les ponts entre les deux missions et nier toute l'histoire de cette belle institution. Ces racines multiples du Conseil nous semblent, en effet, une richesse à conserver et à cultiver : ainsi, le fait que ses membres puissent facilement cheminer par les administrations actives, puis consultatives à la Juridiction nous semble opportun et un bienfait évident. Historiquement, la forme inquisitoriale, essentiellement écrite et contradictoire du contentieux administratif, produit de l'histoire de l'organe consultatif nous

paraît également être un riche et fructueux héritage. Gardons cette mémoire et ces origines mais ne retournons pas vers ce qu'elle a produit de pire : la confusion des genres et des autorités à travers le modèle d'un administrateur-juge devenue juge-administrateur. Il faudrait simplement séparer plus nettement le juge de l'administration et redire au juge sa mission. En fait, ce que le Conseil a du mal à accepter – et qu'il faudrait pourtant qu'il concède – c'est que le simple fait qu'institutionnellement il réunisse ces deux fonctions pose problème. Il s'agit du « doute » énoncé dans l'arrêt Procola (Cedh, 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg) et ce simple doute est infiniment préjudiciable à l'idée même de Justice qui se doit d'être pure, impartiale et indépendante si l'on souhaite que les justiciables la saisissent sereinement sans crainte de préjugés.

Alors, le Conseil d'Etat évitera sûrement ce genre de réactions en chaîne : qu'un collègue, le professeur Xavier Dupré de Boulois qualifie la juridiction d'être « une sorte d'auxiliaire de la police administrative » (« On nous change notre... référé-liberté » in Rdlf 2020, chron. 12) et par suite que le vice-président de l'Institution se sente obligé de répondre aux questions de journalistes lui demandant ce qu'il en est. Voyez à cet égard au Monde daté du 16 avril, les propos du président Bruno Lasserre se voulant rassurant et affirmant : « nous ne sommes pas devenus (sic) le bouclier du gouvernement ». Deux hypothèses s'imposent alors au lecteur : si le Conseil d'Etat n'est pas « devenu » le bouclier du gouvernement, est-ce parce qu'il ne l'a jamais – ou par ce qu'il l'a toujours – été ? Le plus grave n'est alors pas que l'on s'interroge (c'est du reste plutôt sain dans un Etat de Droit) mais que le Conseil d'Etat se sente obligé – performativement ? – de l'affirmer.

Addendum au 20/04/2020.

Sur son site, le pr. P. Cossalter a également commenté la présente ordonnance et nous fait l'honneur de chercher (là où nous ne pensions pas qu'il en existât) une controverse. Trois éléments de réponse ci-dessous à ses propos :

1. Notre estimé collègue écrit : « Il est en réalité très rare que le maire conserve la possibilité d'exercer des pouvoirs de police administrative générale dans les domaines de la police spéciale de l'Etat (v. pour une opinion divergente » puis de nous citer ... Or, nous n'avons jamais ni écrit ni pensé autre chose ! Il est effectivement « rare » que le maire réalise ce concours

de polices ; à aucun moment nous n'avons indiqué qu'il était fréquent ou qu'il serait bon qu'il le devienne ! Sur ce point notre opinion n'est donc pas divergente.

2. Soit le « concours » de polices est possible et nous croyons qu'il l'est et dans ce cas la police générale locale doit pouvoir aggraver – en cas de circonstances particulières – une mesure spéciale préalable. Si le cumul de polices n'est pas possible alors il ne faut pas parler, comme le fait le pr. Cossalter, de « concours » ... Et il faut affirmer que la jurisprudence des films Lutétia ne s'applique plus. Or, notre collègue note son souhait qu'elle ne s'applique plus à l'avenir (ce que nous pouvons entendre) et non qu'elle ne s'applique plus en l'état ! Si elle s'applique, même rarement (comme tant d'autres règles), alors nous demandons juste à ce que l'on n'y ajoute pas le codicile « unité et cohérence de l'Etat »...

3. Il ne nous avait pas échappé que dans l'ordonnance du 22 mars précédant, le concours de polices l'était entre polices générales et non entre polices spéciale et générale. Nous avons seulement fait un parallèle car il nous a semblé (et nous semble toujours) que la logique des concours quels qu'ils soient était la même : la seconde police (générale et locale) doit toujours a) aggraver la mesure précédente et b) justifier de circonstances locales.

Vous pouvez citer cet article comme suit : Touzeil-Divina Mathieu, « Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil «d'Etat» et non «des collectivités» » in Journal du Droit Administratif (JDA), 2020 ; Actions & réactions au Covid-19 ; Art. 292.