

AJDA 2017 p.1826**Les référés-libertés et mesures utiles, alternatives à un recours en responsabilité ?****Olivier Le Bot, Professeur de droit public à l'université d'Aix-Marseille****L'essentiel**

En permettant une intervention juridictionnelle rapide, les référés-libertés et mesures utiles peuvent être mis en oeuvre pour prévenir la survenance d'un dommage ou le faire cesser. Par ce biais, le juge des référés intervient - dans le cadre de son office - dans le contentieux de la responsabilité. Son action en la matière est parfois complémentaire de celle du juge du fond. Elle peut également le conduire à se substituer à ce dernier lorsque la mesure prononcée rend inutile l'engagement d'un recours indemnitaire.

Envisagés sous l'angle de l'effectivité de la protection juridictionnelle assurée, les recours en responsabilité présentent dans nombre de cas une certaine insuffisance. Lorsque le recours est exercé sous la forme d'un référé-provision, la victime du dommage peut uniquement prétendre à l'allocation de dommages et intérêts : comme le sous-tend la notion de « provision », le juge peut condamner au versement d'une somme d'argent mais ne peut ordonner de réparation en nature. Par ailleurs, lorsque l'action en responsabilité prend la forme d'un recours au fond, le juge de pleine juridiction dispose certes de la possibilité d'ordonner une réparation en nature, en plus ou à la place de l'allocation de dommages et intérêts (CE 27 juill. 2015, n° 367484, Lebon ; AJDA 2015. 2277 , note A. Perrin ; AJCT 2016. 48, obs. S. Defix), mais il intervient dans un délai assez long (en moyenne deux ans pour obtenir le jugement d'un tribunal administratif, plus en cas d'exercice d'un appel ou d'un recours en cassation), ce qui rend illusoire la possibilité d'une réparation en nature, le préjudice ayant souvent pris fin entre-temps. Dans ces conditions, la victime doit se contenter d'une réparation par équivalent. Elle aura subi le dommage, elle en aura souffert alors qu'une protection effective aurait commandé de le faire cesser aussitôt.

Deux référés d'urgence disposent à cet égard, en tout cas sur le papier, d'un certain potentiel pour empêcher la survenance d'un dommage ou le faire cesser rapidement : d'une part, le référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (permettant d'obtenir une mesure de sauvegarde en cas d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale) ; d'autre part, le référé-mesures utiles de l'article L. 521-3 (confiant au juge le pouvoir de « prescrire à des fins conservatoires toutes mesures, notamment sous la forme d'injonctions à l'égard de l'administration, à condition que ces mesures soient utiles, justifiées par l'urgence [...] et ne se heurtent à aucune contestation sérieuse » : CE, sect., 6 févr. 2004, n° 256719, *Masier*, Lebon 45 ; AJDA 2004. 1047 ; D. 2004. 678, et les obs. ; RDI 2004. 221, obs. P. Soler-Couteaux ; RFDA 2004. 1170, concl. J.-H. Stahl). Ces procédures n'ont pas pour objet d'aménager provisoirement une situation dans l'attente d'un jugement au principal (comme c'est le cas du référé-suspension). Elles constituent des recours autonomes, non conditionnés par l'introduction d'une action au fond et pourraient donc potentiellement être mises en oeuvre en lieu et place d'un recours classique en responsabilité.

L'idée d'envisager ces procédures comme des alternatives à un recours en responsabilité - ou plus largement en droit de la responsabilité - se heurte *a priori* à deux objections. La première tient au fait que cela ne correspond pas à leur vocation. Cette objection, toutefois, ne s'avère nullement dirimante. En effet, les référés-libertés et mesures utiles sont, en vertu des dispositions qui les régissent, conditionnés par l'urgence et cette notion contient en elle-même l'idée de préjudice, de situation préjudiciable à laquelle il convient de remédier. La seconde objection tient aux pouvoirs du juge : statuant par des mesures provisoires, comme en dispose l'article L. 511-1 du code de justice administrative, il ne saurait ordonner la réparation du préjudice subi par le requérant (CE, ord., 29 oct. 2001, n° 239443, *SARL Objectif* ; CE, ord., 2 avr. 2003, n° 255597, *Gaiffe* ; CE, ord., 15 oct. 2004, n° 273110, *Sahi*). Là encore, cette objection doit être écartée car elle ne concerne qu'une des deux modalités de la réparation, à savoir la réparation par équivalent (l'allocation de dommages et intérêts) mais non la réparation en nature.

Ces obstacles levés, quelles sont les caractéristiques des procédures de référé qui pourraient leur permettre d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'y mettre un terme ? Trois atouts peuvent être mis en exergue.

Le premier réside dans l'intervention à un stade précoce. Le référé-liberté, comme le référé-mesures utiles, peuvent être dirigés contre de simples comportements, positifs (actions) ou négatifs (abstentions, carences). Le requérant peut donc agir dès qu'il s'estime victime d'une situation dommageable - ou s'apprête à l'être - sans avoir à lier le contentieux. Il peut introduire son action au moment où le dommage vient de débiter, voire avant sa survenance.

Le deuxième atout de ces procédures tient à la rapidité de traitement de la demande. Le délai moyen de jugement est de cinq jours en référé-liberté et d'un mois en référé-mesures utiles. Dans un délai de quelques jours ou de quelques semaines, le requérant obtient ainsi qu'il soit statué sur sa demande.

Enfin, la troisième force de ces procédures repose sur les pouvoirs du juge, en particulier son pouvoir d'injonction. Dans la mesure où il peut s'exercer concomitamment à la survenance du préjudice, il permet de faire cesser par un ordre idoine, adapté aux circonstances, le comportement qui se trouve à l'origine du dommage. Certes, ce pouvoir n'est pas propre au juge des référés puisque - ainsi que cela a été rappelé précédemment - il est reconnu depuis 2015 au juge du fond. Néanmoins, lorsque le juge du principal l'exerce, le mal est déjà fait et il est trop tard pour revenir en arrière. La particularité de son exercice en référé est d'être mis en oeuvre au moment même où survient le dommage.

Au regard de ce qui précède, le juge des référés dispose incontestablement des moyens de prévenir la survenance d'un dommage ou de le faire cesser. Le fait-il en pratique ?

I - La pratique

D'un point de vue méthodologique, éprouver l'hypothèse selon laquelle les référés-libertés et mesures utiles sont de nature à prévenir ou faire cesser rapidement un dommage, voire à se substituer, au moins dans certains cas, à un

recours en responsabilité, suppose de répondre à deux questions. D'abord, trouve-t-on, dans la pratique contentieuse, des affaires dans lesquelles un demandeur obtient, en référé, la cessation ou la prévention d'un dommage dans une situation regardée par la jurisprudence comme engageant la responsabilité de l'administration (donc ayant été regardée comme dommageable et ouvrant droit à une réparation) ? Ensuite, y a-t-il eu action au fond alors que le demandeur avait obtenu le prononcé d'une mesure favorable en référé ?

En se basant sur des affaires topiques (similaires ou en tout cas très proches au fond et en référé), il sera possible d'apprécier si les référés interviennent dans le contentieux de la responsabilité et s'ils se sont en pratique substitués, dans les affaires en cause, à un recours au fond.

A. Le demandeur peut-il obtenir en référé la prévention ou la cessation d'un dommage ?

S'agissant du référé-mesures utiles, trois domaines topiques ont pu être identifiés.

Le premier concerne le dommage généré par la carence du maire à mettre en oeuvre les pouvoirs que lui confère l'article L. 480-1 du code de l'urbanisme pour faire cesser une construction entreprise sans permis (à savoir : faire établir un procès-verbal constatant l'infraction aux règles d'urbanisme, prendre un arrêté interruptif de travaux et en transmettre copie au procureur de la République). Dans une affaire au fond, la responsabilité du maire en tant qu'agent de l'Etat a été engagée en raison d'un retard dans la mise en oeuvre de ces pouvoirs : le maire avait attendu un an, après avoir été alerté par des voisins de l'édification d'un garage sans permis, avant de prendre un arrêté interruptif de travaux (CE 21 oct. 1983, n° 31728, *Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ M. et M^{me} Gueden, Lebon* [☞](#) : 3 000 francs, soit 450 € de dommages et intérêts sont alloués aux voisins pour la réparation du préjudice subi). Une telle situation se retrouve en référé-mesures utiles : comme l'a reconnu le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Masier*, le juge peut enjoindre au maire de faire usage de ses pouvoirs en cas de travaux réalisés sans permis de construire ou en méconnaissance des prescriptions d'urbanisme (CE, sect., 6 févr. 2004, *Masier*, préc., confirmant l'injonction prononcée par le premier juge).

Deuxième domaine, assez proche : le dommage provoqué par une carence du maire à mettre en oeuvre les pouvoirs qu'il détient au titre de la législation sur les immeubles menaçant ruine. Au fond, la responsabilité de la commune est engagée en cas de carence fautive (CE 27 sept. 2006, n° 284022, *Commune de Baalon, Lebon* [☞](#) T. ; AJDA 2007. 385 [☞](#), note F. Lemaire [☞](#)). En l'espèce, le maire ordonne aux propriétaires d'un immeuble à l'état de ruine de démolir celui-ci dans les meilleurs délais. Toutefois, l'édile ne s'assure ensuite pas de la mise en oeuvre de cet ordre et aucune mesure n'est prise par le propriétaire. Faute de réalisation des travaux, l'immeuble s'effondre sur le mur du voisin et l'endommage. Saisi par ce dernier, le juge condamne la commune à lui verser la somme de 2 000 € correspondant à la moitié du coût des travaux de réfection du mur.

Si l'urgence le justifie, la carence du maire peut également être combattue par la voie du référé-mesures utiles (CE 4 févr. 2011, n° 342057, *Djoudar*, AJCT 2011. 196, obs. J. Coronat [☞](#)). Dans cette affaire, le maire ordonne en 2006 la démolition partielle d'un immeuble provoquant des infiltrations d'eau dans un immeuble contigu ; il ordonne également la réparation des murs mitoyens. En 2009, la ruine s'effondre sans qu'aucun des travaux prévus n'ait été entrepris. Saisi par un voisin, le juge des référés enjoint à la commune « la réalisation des travaux de mise hors d'eau destinés à assurer l'étanchéité du mur séparatif ». La réparation, qui doit intervenir dans un délai de trois mois, est prescrite « aux frais avancés de la commune » (art. 2 du dispositif) sous astreinte de 100 € par jour de retard. L'ordonnance précise « qu'en cas de contestation relative à la consistance des travaux, il appartiendra aux parties de saisir à nouveau le juge des référés ». Cela n'a pas été nécessaire, les travaux ayant été réalisés dans les délais fixés (v. CE 23 janv. 2012, n° 350631, *Djoudar*, estimant qu'il n'y a lieu à liquidation de l'astreinte).

Un troisième domaine topique peut être cité : celui des dommages de travaux publics causés à des tiers. Au fond, ce régime de responsabilité, en raison de l'existence d'un ouvrage public ou de la réalisation de travaux publics, est celui de la responsabilité sans faute. Par exemple, le juge ordonne de réparer le manque à gagner subi par un restaurant ayant dû fermer provisoirement en raison d'infiltrations d'eau causées par les travaux de pavage (travaux ayant eu pour effet de surélever le niveau de la chaussée au-dessus du plancher constituant le plafond du sous-sol). La commune est condamnée à verser la somme de 25 000 € correspondant aux pertes d'exploitation du restaurant (CAA Bordeaux, 31 mars 2009, n° 07BX01851, *Commune de Gavarnie*). Une affaire proche peut être mentionnée en référé-mesures utiles (CE, sect., 18 juill. 2006, n° 283474, *M^{me} Elissondo Labat, Lebon* [☞](#) 369 ; AJDA 2006. 1839 [☞](#), chron. C. Landais et F. Lenica [☞](#) ; RFDA 2007. 314, concl. D. Chauvaux [☞](#)). En l'espèce, une maison subit des désordres en raison de l'accumulation d'eaux provenant d'une route départementale ; ces eaux sont renvoyées au pied de la maison par un caniveau construit lors de travaux effectués sur la chaussée en 1986. La section, statuant en référé, affirme qu'il y a lieu « d'ordonner que des travaux provisoires d'étaieement des parties sinistrées de la maison, tels qu'ils ont été décrits et chiffrés par l'expert dans son rapport du 26 janvier 2006, ainsi que toute autre mesure qui se révélerait indispensable à la mise en sécurité du bâtiment, soient réalisés aux frais avancés du département ; qu'en cas de contestation relative à la consistance de ces mesures, il appartiendra aux parties de saisir à nouveau le juge des référés ». Cette jurisprudence a été appliquée en 2015 dans l'affaire *Manigault* (TA Nice, ord., 25 mars 2015, n° 1500735, *Indivision Manigault* ; confirmé par CE 23 sept. 2015, n° 389298, *Commune de Nice*). Dans le cas présent, les propriétaires d'une maison ne peuvent y réaliser des travaux urgents faute d'y avoir accès. Plus exactement, ils ne sont pas en mesure d'y accéder en raison de l'accumulation de terres et de gravats provenant de l'éboulement d'un mur de soutènement d'un chemin. Le défaut d'entretien de ce chemin étant imputable à la commune, le juge ordonne à celle-ci d'enlever les terres et gravats provenant de l'éboulement du mur de soutènement, dans un délai d'un mois, sous astreinte de 100 € par jour de retard.

Un nombre plus important de décisions peuvent être mentionnées en référé-liberté.

Le premier domaine concerne la suppression d'un accès à la voie publique. Au fond, les riverains ont droit à une indemnité, sur le fondement de la responsabilité sans faute, lorsqu'ils se retrouvent privés définitivement de l'accès à une voie publique par suite de la suppression d'un ouvrage public (CE 2 juill. 1969, n° 70778, *Ministre de l'équipement c/ Leveel, Lebon* [☞](#) 356 : suppression d'un pont desservant un fonds exploité par le requérant). Il en irait de même, sur le fondement de la responsabilité pour faute, en cas de suppression illégale. En référé-liberté, le juge ordonne aux collectivités publiques de rétablir la possibilité d'accéder à la voie publique depuis une voie privée lorsque celle-ci a été illégalement supprimée. Il en a été jugé ainsi pour l'accès à un entrepôt (CE, ord., 31 mai 2001, n° 234226, *Commune d'Hyères-les-Palmiers, Lebon* [☞](#) 253), à une maison d'habitation (CE 14 mars 2011, n° 347345, *Commune de Galluis, Lebon* [☞](#) T. ; AJDA 2011. 1562 [☞](#), note O. Février [☞](#)) ou encore à une parcelle (CE, ord., 8 août 2008, n° 319547, *Commune de Ceyrat*).

Deuxième domaine : le contentieux des refus de concours de la force publique pour exécuter une décision du juge civil ordonnant l'expulsion de squatters d'une propriété privée (en général des locataires mauvais payeurs). Au fond,

la célèbre jurisprudence *Couitéas* (CE 30 nov. 1923, n° 38284, *Lebon* 789 ; *GAJA*, n° 43), reprise par la loi depuis 1991 (aujourd'hui codifiée à l'article L. 153-1 du code des procédures civiles d'exécution), ouvre droit à une indemnité au profit de son propriétaire, au titre de la responsabilité sans faute, lorsque l'autorité publique refuse légalement d'apporter le concours de la force publique (le refus étant légal si l'exécution de la décision paraît de nature à entraîner un risque important pour l'ordre public, par exemple, si elle conduirait à mettre à la rue une famille avec enfants).

Avant la réforme des procédures d'urgence, les préfets avaient pour habitude de refuser de prêter le concours de la force publique lorsqu'ils étaient saisis de telles demandes, même en l'absence de menace avérée de troubles. Les propriétaires obtenaient donc, en formant un recours en responsabilité, l'indemnisation du manque à gagner résultant de la non-perception du loyer. Après la création du référé-liberté, il a été reconnu que cette procédure pouvait être utilisée pour enjoindre au préfet d'apporter le concours de la force publique lorsque celui-ci oppose un refus en l'absence de menace avérée de troubles (CE 29 mars 2002, n° 243338, *SCI Stéphaneur*, *Lebon* 117 ; AJDA 2003. 345, note P. Grosieux ; D. 2003. 1115, note R. Martin ; RFDA 2003. 370, étude T. Pez ; et 386, note Y. Lequette ; CE, ord., 21 nov. 2002, n° 251726, *Gaz de France*, *Lebon* 408 ; CE, ord., 27 nov. 2002, n° 251898, *SCI Résidence du Théâtre*, *Lebon* T. 874 ; AJDA 2003. 457). Cette jurisprudence a entraîné un changement de comportement des préfets : « Au plan national, le taux d'octroi du concours de la force publique (rapport des octrois de la force publique au nombre de concours demandés) a progressé sur la période 2003 à 2007 pour passer de 57,47 % en 2003 à 64,3 % en 2007. Sur la période 2007-2012, en moyenne, le taux d'octroi se stabilise autour de 63 % » (rapport interministériel sur l'évaluation de la prévention des expulsions locatives, août 2014, p. 27 : http://www.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/epp/epp_prevention-des-expulsions-locatives_rapport.pdf).

Troisième domaine : le harcèlement d'un agent public. Au fond, un agent a droit à une indemnisation de 177 000 €, dont 15 000 € de préjudice moral, en raison du harcèlement moral dont il a été victime (CAA Marseille, 17 juill. 2012, n° 10MA04374 : agent privé de ses responsabilités sans justification). Dans une autre affaire, 6 000 € pour préjudice moral ont été accordés à un agent s'étant retrouvé dans une situation proche (CAA Nancy, 14 juin 2012, n° 11NC01167, AJFP 2013. 119). En référé-liberté, de tels agissements peuvent être combattus par le prononcé d'une injonction de faire cesser la situation litigieuse. Tel a été le cas dans l'hypothèse du harcèlement d'un agent communal par le maire de la commune (CE, ord., 19 juin 2014, n° 381061, *Commune du Castellet*, *Lebon* T. ; AJDA 2014. 2079, note O. Le Bot ; AJFP 2015. 33, Comm. A. Baumard ; AJCT 2017. 70, étude N. Font : retrait de ses responsabilités et de ses moyens, murage de son bureau) ou encore de la « placardisation » d'un agent pendant trois années, sans affectation réelle ni missions effectives (CE, ord., 2 oct. 2015, n° 393766, *Commune de Mérignac*, AJDA 2015. 2472 ; AJFP 2016. 96, et les obs.).

Quatrième domaine : le non-respect de la volonté du patient. Dans une affaire (la seule topique à avoir été trouvée), une patiente avait refusé qu'une intervention chirurgicale soit précédée d'un traitement anti-coagulant. Le médecin anesthésiste a promis que sa volonté serait respectée mais le chirurgien s'y est opposé et a mis en oeuvre un traitement anti-coagulant ; le lendemain, l'intéressée a subi une embolie pulmonaire provoquée par ce traitement. A la suite de cet accident post-opératoire, elle n'a pu exercer son activité professionnelle pendant six mois. Saisi par l'intéressée, le juge a condamné l'hôpital à indemniser cette perte de revenus (CE 17 févr. 1988, n° 76417, *M^{me} Morette Bourny*, *Lebon*). Ainsi, si un acte médical pratiqué malgré le refus du patient provoque un dommage, l'intéressé a droit à une réparation de celui-ci. Néanmoins, dans ce domaine plus que dans tout autre, une intervention juridictionnelle avant que l'acte soit pratiqué offre au requérant une protection nettement plus effective. Jusqu'à présent toutefois, les seules applications intervenues en référé concernent des cas extrêmes, à savoir des décisions de débrancher des patients maintenus en vie artificiellement (v., pour une application positive : CE, ord., 8 mars 2017, n° 408146, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, *Lebon* ; AJDA 2017. 497 ; AJ fam. 2017. 218, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2017. 698, note D. Thouvenin).

Cinquième domaine : la tenue d'une réunion publique (spectacle, université d'été, rassemblement religieux, etc.). Au fond, la célèbre affaire *Benjamin* vient immédiatement à l'esprit. Le conférencier, qui n'a pu tenir sa réunion publique à Nevers, attend trois ans pour obtenir l'annulation de la décision du maire interdisant celle-ci (CE, ass., 19 mai 1933, n° 17413, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, *Lebon* 54 ; *GAJA*, n° 49) et trois ans de plus pour obtenir réparation du préjudice subi (CE, sect., 3 avr. 1936, *Syndicat d'initiative de Nevers et Benjamin*, *Lebon* 453). La satisfaction obtenue est purement platonique : la violation de la liberté de réunion a été sanctionnée et le préjudice réparé, mais la liberté n'a pas été exercée. En référé, en revanche, le juge du référé-liberté intervient en temps utile - en quelques heures - pour permettre la tenue d'une réunion publique illégalement interdite : il ordonne de mettre la salle de spectacle ou le stade à la disposition d'un parti politique (CE, ord., 19 août 2002, n° 249666, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, *Lebon* 311 ; AJDA 2002. 1017, note X. Braud ; CE, ord. 30 mars 2007, n° 304053, *Ville de Lyon*, *Lebon* ; AJDA 2007. 1242, note S. Damarey), d'une association culturelle (TA Paris, ord., 13 mai 2004, n° 0411210/9, AJDA 2004. 1597, note G. Gonzalez ; D. 2004. 2398, note A. Garay) ou d'un humoriste controversé (CE, ord., 26 févr. 2010, n° 336837, *Commune d'Orvault*, AJDA 2010. 1104 ; CE, ord., 6 févr. 2015, n° 387726, *Commune de Courmon d'Auvergne*, *Lebon* ; AJDA 2015. 1658, note E. Saillant-Maraghi ; D. 2015. 544, note B. Quiriny).

Sixième domaine : la prise en charge d'une personne atteinte d'un handicap. Les personnes concernées ont un droit d'être accueillies dans une structure adaptée à la nature et à l'importance de leur handicap (soit un établissement d'éducation, le cas échéant avec l'assistance d'un auxiliaire de vie scolaire, soit un institut spécialisé). L'absence de mise à disposition d'un auxiliaire de vie scolaire n'a semble-t-il pas donné lieu à des procédures topiques au fond. En revanche, la carence du département à mettre un auxiliaire de vie scolaire à la disposition d'un enfant a conduit le juge des référés à ordonner cette mise à disposition (TA Marseille, ord., 21 déc. 2010, n° 1008137 ; TA Montpellier, ord., 12 janv. 2011, n° 1100063 ; TA Toulouse, ord., 26 oct. 2016, n° 1604737 ; TA Strasbourg, ord., 16 févr. 2017, n° 1700687 ; décisions appliquant la solution de principe : CE, ord., 15 déc. 2010, n° 344729, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative c/ époux Peyrilhe*, *Lebon* ; AJDA 2011. 858, note P.-H. Prélôt ; D. 2011. 1126, note Y. Dagorne-Labbe ; RDSS 2011. 176, obs. R. Fontier). S'agissant de l'absence d'accueil dans une structure spécialisée, cette situation a donné lieu à plusieurs décisions dans lesquelles les juridictions administratives engagent la responsabilité de l'Etat pour manquement à son obligation (v., par ex., CAA Versailles, 15 oct. 2015, n° 15VE003641 ; CAA Lyon, 21 juill. 2009, n° 06LY02419) et à une ordonnance de référé-liberté dans laquelle le juge enjoint à l'administration de trouver une place à une jeune adulte polyhandicapée (TA Cergy-Pontoise, ord., 7 oct. 2013, n° 1307736, AJDA 2013. 1946 ; AJ fam. 2013. 599, obs. A. Dionisi-Peyrusse).

Septième domaine : la fermeture d'un établissement (généralement un débit de boissons) sur la base de menaces de troubles à l'ordre public insuffisamment caractérisées. Au fond, l'entreprise obtient, mais après coup, la réparation du manque à gagner (CAA Versailles, 10 mai 2011, n° 09VE00278, *EURL Le Zizenya*, inédit ; CAA Bordeaux, 22 nov. 2011, n° 11BX00605, *Sarl Le Caveau*, inédit ; CAA Nantes, 19 juill. 2013, n° 12NT00921, *Richard*,

inédit). En référé-liberté, le juge ordonne immédiatement la suspension de la décision contestée (CE, ord., 14 mars 2003, n° 254827, *Commune d'Evry*, Lebon T. 931 ; CE, ord., 16 août 2004, n° 271148, *Ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Basset*, inédit).

B. Des actions au fond ont-elles été introduites lorsque le demandeur a obtenu satisfaction en référé ?

Intuitivement, on pouvait penser que la réponse serait négative. Il s'avère pourtant qu'un certain nombre d'affaires ont donné lieu à un recours au fond alors que le demandeur avait obtenu satisfaction en référé.

Dans une approche par type de contentieux, on relève qu'aucun recours indemnitaire n'a été introduit dans les domaines suivants : pouvoirs du maire de faire cesser une construction sans permis, concours de la force publique, mise à disposition de salle de réunion, mise à disposition d'auxiliaires de vie scolaire, fermeture d'établissements.

S'agissant de la suppression de l'accès à la voie publique, un recours au fond a été introduit dans une affaire sur les trois citées (v. ci-dessous). Enfin, dans l'affaire concernant la décision de mettre fin à des soins, aucun recours au fond n'a été introduit mais l'espèce est trop récente pour en tirer des conclusions.

D'un point de vue empirique, des recours au fond ont été formés dans 6 affaires (sur les 27 citées), relevant de 4 domaines contentieux (sur les 10 domaines contentieux mentionnés). Ces affaires sont les suivantes.

D'abord l'affaire *Djouidar*, concernant l'inertie du maire à mettre en oeuvre ses pouvoirs sur un immeuble menaçant ruine. Un recours au fond a été introduit à la même période que le référé. Le juge alloue 3 000€ au titre des troubles dans les conditions de jouissance. L'indemnisation couvre le préjudice subi durant la période antérieure à l'intervention du juge des référés (CAA Marseille, 30 juill. 2013, n° 11MA03520, *Djouidar*).

La deuxième affaire, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, concerne l'accès à la voie publique. Aucune réparation n'a été allouée au motif que le préjudice allégué n'était pas établi (CAA Marseille, 18 nov. 2005, n° 04MA00913, *Commune d'Hyères-les-Palmiers et SCI Quartier du paradis*).

La troisième série d'affaires concerne des dommages de travaux publics. S'agissant de l'espèce *Elisondo Labat*, le recours au fond a été introduit après l'obtention de la décision en référé. La cour administrative d'appel alloue à la victime 280 000€ de dommages et intérêts au titre des travaux de remise en état de sa maison et des loyers qu'elle a dû supporter - sa maison étant devenue inhabitable (CAA Bordeaux, 30 juin 2011, n° 10BX02137, *Département des Pyrénées-Atlantiques c/ Elisondo Labat*). Concernant l'affaire *Manigault*, le recours au fond a été formé avant l'action en référé (il a été enregistré le 9 mars 2010 alors que le recours en référé l'a été le 18 février 2015). En l'espèce, aucune condamnation n'a été prononcée, l'assureur des victimes ayant entre-temps indemnisé les requérants (CE 23 sept. 2015, n° 389298, *Commune de Nice*).

Enfin, la dernière série d'affaires concerne les cas de harcèlement moral. Dans l'affaire *Commune du Castellet*, l'action indemnitaire n'a pas été engagée devant le juge administratif mais devant le juge pénal (les poursuites avaient débuté avant l'action en référé). La victime a obtenu 20 000 € de dommages et intérêts (T. corr. Toulon, 13 mai 2015). S'agissant de l'affaire *Commune de Mérignac*, la commune n'a pas été condamnée, la perte de chance d'obtenir un emploi de catégorie A n'étant pas établie par l'agent (CAA Bordeaux, 17 janv. 2017, n° 15BX00033, *Saint-Flour*).

Quelle analyse peut-on faire des données ainsi exposées ?

II - L'analyse

D'abord, trois constats ressortent des affaires recensées.

En premier lieu, on relève davantage d'applications en référé-liberté qu'en référé-mesures utiles. Cette différence s'explique par le fait que l'idée de dommage est plus nette en cas d'atteinte à une liberté fondamentale. Sauf cas particuliers où la liberté méconnue n'est pas celle du requérant mais celle d'un tiers, une personne victime d'une atteinte à ses libertés subit *ipso facto* une situation dommageable. A l'inverse, cette idée de préjudice n'est pas consubstantielle au référé-mesures utiles.

En deuxième lieu, le référé-mesures utiles sert en pratique à faire cesser des situations dommageables résultant de carences ; le référé-liberté, pour sa part, peut permettre de mettre fin à des dommages résultant autant de carences que d'actions ou de décisions.

En troisième lieu, des contentieux variés sont concernés (urbanisme, fonction publique, éducation, aide sociale). Celui de la police administrative a toutefois donné lieu au plus grand nombre d'applications.

Au-delà de ces constats, il est possible d'approfondir l'analyse sur plusieurs points.

Le premier concerne l'autonomie quant aux conditions à satisfaire au fond et en référé. Cette autonomie se manifeste à trois égards.

D'abord, le juge du référé-liberté ne prend pas en compte, dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte, le fait qu'une action en responsabilité puisse être exercée dans le contentieux dont il est saisi. Il l'a nettement souligné en matière de refus de concours de la force publique, affirmant que « la seule circonstance que l'Etat soit tenu d'indemniser le préjudice résultant pour le propriétaire d'un refus de concours de la force publique ne saurait suffire, comme le soutient le ministre, à dénier à un tel refus le caractère d'une atteinte grave à une liberté fondamentale » (CE, ord., 21 nov. 2002, *Gaz de France*, préc.).

Ensuite, l'autonomie quant aux conditions à satisfaire tient au fait que celles-ci s'avèrent plus strictes en référé. Au fond, il suffit d'un dommage et d'une faute, voire (dans les cas de responsabilité sans faute) uniquement d'un préjudice présentant un caractère anormal et spécial. En référé, il faut satisfaire aux conditions posées par l'article L. 521-2 ou l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Il en résulte qu'un dommage seul ne suffit pas, comme le relèvent parfois les décisions. Par exemple, dans un référé-liberté concernant l'absence de mise à disposition d'un auxiliaire de vie scolaire, après avoir rappelé que la commission des droits et de l'autonomie du Calvados a prescrit en juin 2015 un accompagnement par aide humaine en milieu scolaire pour le jeune Axel, le juge des référés affirme « que si l'absence de mise en oeuvre de cette décision depuis cette date par le directeur académique des services de l'éducation nationale du Calvados est particulièrement regrettable et à l'origine d'un préjudice grave et certain pour le jeune Axel, il n'apparaît pas que celui-ci, en dépit des conditions difficiles liées à l'absence d'assistance, soit actuellement privé de toute scolarisation », et donc comme se trouvant dans une situation ouvrant droit au

prononcé d'une mesure de sauvegarde (TA Caen, ord., 13 oct. 2016, n° 1601991, pt 4).

Enfin, pour certains droits, les obligations pesant sur l'administration ne sont pas appréciées de la même manière au fond et en référé. Ils s'apprécient, en référé, « compte tenu des moyens » dont dispose l'administration. Le cas du droit à l'éducation est particulièrement net. Au fond, le Conseil d'Etat fait peser sur l'Etat une obligation de résultat. Dans l'arrêt *Laruelle* de 2009, le Conseil a affirmé que la carence de l'Etat à mettre en oeuvre les moyens nécessaires pour que le droit à l'éducation ait un caractère effectif « est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité, sans que l'administration puisse utilement se prévaloir de l'insuffisance des structures d'accueil existantes » (CE 8 avr. 2009, n° 311434, *M. et M^{me} Laruelle*, Lebon [T](#) ; AJDA 2009. 1262 [T](#), concl. R. Keller [T](#) ; D. 2009. 1508, obs. C. de Gaudemont [T](#), note P. Raimbault [T](#) ; RDSS 2009. 556, note H. Riha [T](#)). En référé-liberté, l'obligation pesant sur l'administration se transforme en obligation de moyens. Le juge apprécie l'existence d'une atteinte en prenant en compte les moyens dont dispose l'administration pour la mise en oeuvre du droit (CE, ord., 15 déc. 2010, n° 344729, *préc.*, affirmant que « le caractère grave et manifestement illégal d'une telle atteinte s'apprécie en tenant compte, d'une part de l'âge de l'enfant, d'autre part des diligences accomplies par l'autorité administrative compétente, au regard des moyens dont elle dispose » ; v. posant la même réserve : CE, ord., 10 févr. 2012, n° 356456, *Fofana*, Lebon [T](#) ; AJDA 2012. 716 [T](#), note A. Duranthon [T](#) ; D. 2012. 555, et les obs. [T](#) ; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot [T](#) ; AJDI 2012. 444 [T](#) ; *ibid.* 411, étude R. Piastra [T](#) ; *ibid.* 2013. 489, étude F. Zitouni [T](#), concernant le droit à un hébergement d'urgence, qui constitue également un droit-créance, et CE, ord. 30 juill. 2015, n° 392043, *Section française de l'observatoire international des prisons [OIP-SF]*, Lebon [T](#) ; AJDA 2015. 2216 [T](#), note O. Le Bot [T](#), à propos du droit de ne pas subir un traitement inhumain ou dégradant). Dans ses décisions toutefois, le juge n'indique pas par quel miracle une obligation de résultat au fond se transforme en obligation de moyens en référé.

Deuxième point d'approfondissement : quelles incidences ont, sur les solutions retenues, le fondement de la responsabilité, le type de préjudice ou encore la nature de celui-ci ?

On observe que la nature du préjudice ou le type de droits méconnus s'avère sans incidence sur la possibilité d'obtenir une protection en urgence de la part du juge des référés. En effet, celui-ci fait tout autant cesser des préjudices d'ordre matériel que des préjudices de nature morale ; de même protège-t-il les droits-créance au même titre que les droits-liberté.

La différence tenant au caractère instantané ou durable du dommage emporte en revanche des conséquences. En cas de dommage instantané, l'intervention du juge des référés ne s'avère efficace que s'il est saisi avant sa survenance. En cas de dommage durable, son action peut produire un effet utile même s'il intervient après la survenance du dommage. Dans ce cas de figure, elle pourra faire cesser le préjudice pour l'avenir mais ne pourra toutefois porter sur les préjudices passés.

Qu'en est-il du fondement de la responsabilité ? On observe que les cas dans lesquels le demandeur obtient en référé la prévention ou la cessation d'un dommage concernent le plus souvent des hypothèses de responsabilité pour faute. Plus rares sont les cas de responsabilité sans faute même si certains, comme celui du tiers subissant un dommage de travaux publics, peuvent être relevés. Toujours sur la question du fondement, une distinction peut être dessinée en fonction de la procédure mise en oeuvre. En référé-liberté, une faute est toujours exigée, à travers la condition d'illégalité manifeste. En référé-mesures utiles, la présence d'une faute ne figure pas au nombre des conditions nécessaires à l'intervention du juge. Autre observation intéressante sur la question du fondement : lorsqu'un contentieux de la responsabilité sans faute se retrouve en référé-liberté, il devient, par la condition d'illégalité manifeste, un contentieux de la faute. L'exemple des refus de concours de la force publique est à cet égard significatif. Au fond, il n'est pas exigé que le refus soit illégal pour ouvrir droit à réparation. En revanche, en référé, le requérant doit établir l'illégalité du refus (l'absence de menace avérée de troubles à l'ordre public) pour qu'une injonction soit prononcée.

Troisième élément d'approfondissement : lorsque le demandeur a obtenu satisfaction en référé, pourquoi y a-t-il action au fond dans certains cas mais non dans d'autres ?

Dans un premier cas de figure, le demandeur en référé a obtenu satisfaction mais le juge du fond intervient néanmoins. Trois facteurs peuvent l'expliquer.

D'abord, le juge des référés ne rend qu'une mesure provisoire. Le commissaire du gouvernement le soulignait clairement dans ses conclusions sur l'arrêt *Elissondo Labat* : « Il s'agit seulement de faire assumer par le responsable apparent du dommage la charge provisoire des mesures conservatoires, sans exclure une récupération ultérieure de leur coût après examen de l'affaire par les juges du fond » (D. Chauvaux, RFDA 2007. 314 [T](#)). Dans ce contentieux comme dans d'autres, le référé vise à parer au plus urgent, à agir de manière provisoire (v., s'attachant à cette condition dans la recevabilité des conclusions, TA Nice, ord., 25 mars 2015, n° 1500735, *Manigault*, pt 5 : « Les travaux d'enlèvement des terres et des gravats sollicités par l'indivision Manigault sont de peu d'importance et d'un faible coût. Ainsi ils ne présentent pas un caractère irréversible et sont au nombre des travaux conservatoires que le juge des référés peut ordonner au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative »). Par conséquent, les pouvoirs dont dispose le juge des référés ne lui permettent pas toujours de mettre fin au litige.

Deuxième raison expliquant l'intervention du juge du fond malgré la mesure favorable obtenue en référé : la procédure d'urgence ne permet parfois d'embrasser qu'une partie de l'affaire. Par exemple, dans l'affaire du harcèlement de l'un de ses agents par la commune de Mégnac, le référé porte sur certains agissements assimilés à du harcèlement moral, le recours au fond sur l'absence d'avancement.

Enfin, une troisième raison peut expliquer l'exercice d'une action au fond malgré une décision favorable obtenue en référé. Une telle action interviendra, dans les cas de dommage durable, pour obtenir la réparation du préjudice subi par le requérant durant la période antérieure à l'intervention du juge des référés.

Il arrive, dans un second cas de figure, que le juge des référés se substitue au juge du fond. Le demandeur en référé a obtenu satisfaction et n'introduit pas d'action en responsabilité. Cette situation se rencontre lorsque le préjudice a été neutralisé dans l'oeuf. Soit le dommage n'est pas apparu, soit il a cessé rapidement. Dans ces conditions, il est inutile de poursuivre le contentieux devant le juge du principal. Le référé devient alors une alternative au recours indemnitaire, il rend son exercice inutile ou sans objet. On notera que, dans ce cas de figure, l'action en référé aura permis un résultat plus effectif qu'une action au fond (le requérant, par exemple, aura pu tenir sa réunion).

Pour terminer, deux cas particuliers doivent être mentionnés.

Le premier est celui où le référé constitue le seul recours envisageable, en droit ou en fait.

En droit, parce que le dommage revêt un caractère collectif (il frappe un nombre assez important de personnes) et, par suite, seul un groupement peut agir. Un groupement n'aurait pas d'intérêt à agir en responsabilité car il n'est pas lui-même victime du dommage. En revanche, il a intérêt à agir en référé. Ce cas de figure correspond à ce que la doctrine a appelé le référé pour autrui (X. Dupré de Boulois, Le référé-liberté pour autrui, AJDA 2013. 2137⁽¹⁾). Plusieurs demandes, accueillies par le juge des référés, peuvent être citées : référé d'un maire d'une commune de La Réunion exigeant de l'Etat qu'il prenne des mesures pour limiter les attaques de requins (CE, ord. 13 août, 2013, n° 370902, *Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Leu*, AJDA 2013. 2104, note O. Le Bot⁽²⁾) ; référés d'associations demandant d'améliorer la situation sanitaire dans un bidonville (CE, ord., 23 nov. 2015, n° 394540, *Ministre de l'intérieur*, Lebon⁽³⁾ ; AJDA 2016. 556⁽⁴⁾, note J. Schmitz⁽⁵⁾ ; RDSS 2016. 90, note D. Roman et S. Slama⁽⁶⁾) ; référé de l'observatoire international des prisons (OIP) et des barreaux locaux pour exiger que des mesures soient prises pour améliorer la situation sanitaire dans des établissements pénitentiaires (CE, ord., 22 déc. 2012, n° 364584, *Section française de l'observatoire international des prisons*, Lebon⁽⁷⁾ ; AJDA 2013. 12⁽⁸⁾) ou y mettre en oeuvre des travaux conservatoires (TA Marseille, ord., 10 janv. 2013, n° 1208146, AJDA 2013. 80⁽⁹⁾).

La circonstance que le référé constitue la seule voie de droit envisageable, à l'exclusion d'un recours en responsabilité, peut également résulter de considérations d'ordre factuel. Cela tient au fait qu'aucun recours en responsabilité ne sera introduit pour obtenir la réparation du préjudice subi. Il existe, en effet, d'innombrables situations dans lesquelles le préjudice est faible. Les victimes auraient agi en référé (pour un résultat concret) mais elles n'auraient eu aucun intérêt à agir au fond. Tel est le cas, par exemple, d'une personne sans logis qui ne s'est pas vu proposer une solution d'hébergement pendant plusieurs nuits. Cette personne n'agira pas au fond, et aucune association ne l'aidera à agir au fond dans la mesure où il existera toujours des cas plus urgents - car actuels - à traiter. Il en va de même pour un demandeur d'asile qui n'aurait pas bénéficié de conditions matérielles d'accueil décentes. Si l'intéressé a été reconduit à la frontière faute pour sa demande d'asile d'être accueillie, il est plus qu'improbable qu'il engage une action au fond pour obtenir une indemnisation.

Le deuxième cas particulier est celui dans lequel le recours en responsabilité est seul envisageable. Cette situation peut tenir à trois raisons. Soit le dommage a pris fin (par exemple, un homme s'est électrocuté avec un câble électrique tombé à terre, ou encore un collaborateur bénévole et occasionnel du service public s'est noyé en portant secours à un baigneur en difficulté). Soit le dommage trouve son origine dans un acte légal, par exemple un règlement de police légalement pris (ce règlement peut engager la responsabilité de la collectivité qui en est l'auteur, au titre de la jurisprudence *Commune de Gavarnie*, mais il ne peut être combattu au moyen d'une action en référé). Soit l'action en référé ne peut pas être exercée dans des délais permettant une intervention en temps utile : par exemple, l'interdiction d'une manifestation qui serait prise à la dernière minute (CE, ord., 27 mars 2014, n° 376726, *Ministre de l'intérieur*, Lebon⁽¹⁰⁾ T. ; AJDA 2014. 711⁽¹¹⁾) ou une perquisition administrative exécutée en un seul instant (v., par ex., TA Paris, ord. 26 nov. 2015, n° 1519341/9). Dans ces cas de figure, seule une action en responsabilité est envisageable.

En définitive, il ressort de cette étude que les référés-libertés et mesures utiles peuvent être mis en oeuvre, dans un nombre assez varié d'hypothèses, pour prévenir la survenance d'un dommage ou le faire cesser. Pour autant, le juge des référés n'est pas en mesure de remplacer le juge du fond dans tous les cas de figure. Plusieurs conditions doivent, en effet, être réunies pour que cette substitution s'opère : d'abord que le juge intervienne dès l'apparition du dommage, ensuite que la totalité du litige lui soit soumis, enfin que les pouvoirs dont il dispose lui permettent d'y mettre un terme. Dans les autres hypothèses, le recours en référé aura seulement précédé, le cas échéant, l'exercice d'une action au fond. Le remplacement du juge du fond par le juge des référés s'avère donc possible, mais pour une part relativement faible du contentieux de la responsabilité.

Mots clés :

RESPONSABILITE * Préjudice * Réparation du préjudice * Référé
CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Référé devant le juge administratif * Référés généraux d'urgence * Référé-liberté * Référé mesures utiles

L'essentiel

Le référé-provision a des allures de mini-procès en responsabilité, voire de mode accéléré de règlement du litige indemnitaire. Il conduit le juge à élaborer un raisonnement synthétique sur le principe de responsabilité comme sur l'évaluation du préjudice. L'obligation non sérieusement contestable, condition unique de ce référé, est appréhendée ici sous un angle pratique, grâce à un échantillon d'ordonnances du tribunal administratif de Grenoble.

L'article R. 541-1 du code de justice administrative dispose : « Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. » Ni tout à fait commun ni tout à fait spécial, le référé-provision peut être envisagé dans n'importe quelle matière, tant qu'une obligation pécuniaire est en jeu. L'obligation de réparer le préjudice d'une victime trouve ici sa place : le référé-provision peut donc être envisagé dans le champ indemnitaire. Encore faut-il, pour que la provision soit accordée, que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable - condition unique de ce référé au demeurant -, ce qui conduit à se demander quand la responsabilité de l'administration peut apparaître comme quasi certaine. Ce référé a pour originalité, par rapport aux autres procédures envisagées dans ce dossier, de n'être ni un préalable à l'action en responsabilité (comme peut l'être le référé-constat ou le référé-instruction) ni une procédure alternative ou concurrente à celle-ci (comme le sont parfois le référé-suspension ou le référé-liberté ; v. la contribution d'O. Le Bot dans ce dossier, p. 1826). Pour ces autres référés, le juge n'a pas les mêmes prérogatives que celui de l'indemnisation. En référé-provision, au contraire, son pouvoir est similaire : il prononce une condamnation pécuniaire.

Cette similarité conduit à se demander, comme l'a suggéré Anne Jacquemet-Gauché, si le référé-provision n'est pas l'occasion d'un « mini-procès indemnitaire », voire d'un « super procès indemnitaire » (v. l'introduction de ce dossier). Cette procédure peut séduire dans la mesure où elle permet d'envisager une question de fond devant le juge des référés, même s'il ne s'agit que d'accorder une provision, celui-ci doit tout de même trancher la question de la responsabilité de l'administration. La potentialité de cet instrument n'est pas passée inaperçue, il a été largement mobilisé dans le contentieux des conditions de détention indignes. Bien des praticiens ont eu recours au référé-provision pour que leurs clients détenus bénéficient de la jurisprudence *Donat* et de ses prolongements (TA Rouen, 27 mars 2008, n° 0602590, AJDA 2008. 668 ; D. 2008. 1959, note M. Herzog-Evans ; AJ pénal 2008. 245, obs. E. Péchillon ; RSC 2008. 972, étude P. Poncela ; CAA Douai, 12 nov. 2009, n° 09DA00789 ; v. la contribution de S. Gauché dans ce dossier, p. 1837).

Or, lorsqu'une vanne d'indemnisation s'ouvre trop largement, le Conseil d'Etat sait toujours comment en réduire le débit. Dans sa décision du 6 décembre 2013, il suit les conclusions de Delphine Hedary et, par une interprétation rigoureuse de ce qu'est une faute de l'Etat en matière de conditions de détention indignes, encadre la notion d'obligation non sérieusement contestable. Il évite dès lors que le juge du référé-provision ne soit « utilisé comme une sorte de distributeur automatique d'indemnité à raison des conditions de détention » (D. Hedary, concl. sur CE 6 déc. 2013, n° 363290, AJDA 2014. 237). Le référé-provision a aussi été utilisé dans un autre contentieux remarqué, opposant cette fois l'Etat à des collectivités territoriales, celui des algues vertes en Bretagne. La cour administrative d'appel de Nantes a décortiqué en référé la responsabilité de l'Etat comme elle le fait par ailleurs lorsqu'elle est saisie au fond (v. CAA Nantes, 22 mars 2013, n° 12NT00342, *Commune de Tréduder* ; n° 12NT00343, *Commune de Tredrez-Loqueveau* ; n° 12NT00344, *Commune de Plestin-les-Grèves* ; n° 12NT00345, *Commune de Saint-Michel-en-Grève*, AJDA 2013. 1758, note H. Belrhali-Bernard ; Dr. adm. 2013, n° 6, alerte 47, note R. Noguellou).

La jurisprudence du Conseil d'Etat permet, aujourd'hui, de mieux déterminer la marge dont dispose le juge du référé-provision. Si l'office d'un juge des référés est toujours délicat à cerner, dans sa différence avec celui de la juridiction du fond, le rôle du juge du référé-provision est d'une ambiguïté encore plus grande. En outre, en contentieux indemnitaire, statuer sur l'obligation de l'administration a un double sens : il s'agit de se prononcer sur le principe même de la responsabilité mais aussi sur le *quantum*, le montant de l'indemnisation. Il convient donc non seulement d'envisager le principe de responsabilité non sérieusement contestable, mais aussi l'évaluation du préjudice non sérieusement contestable.

I - L'ambiguïté de l'office du juge du référé-provision

Certains indices rapprochent particulièrement l'office du juge du référé-provision de celui du juge du fond. Tout d'abord, le référé-provision n'est pas - ou plus exactement n'est plus, depuis le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 - un référé accessoire d'une action au fond. Il peut être envisagé parallèlement à une action indemnitaire, mais aussi être pratiqué « sec ». Dès lors, le juge des référés pourra être le seul à se prononcer sur le litige si le requérant ne saisit pas le juge du fond. Ceci donne une coloration particulière à son office car il arrive que le référé-provision soit utilisé par les requérants et leurs conseils en lieu et place d'une action au fond. Assumant pleinement son rôle, ce juge s'est « autonomisé et enhardi », selon les termes de Delphine Hedary. Le Conseil d'Etat considère d'ailleurs que le magistrat qui s'est prononcé en référé-provision ne peut se prononcer dans un autre référé sur un litige posant la même question sans méconnaître le principe d'impartialité (CE 7 déc. 2006, n° 294218, *M^{me} Sene, Lebon* T. ; AJDA 2007. 551). En revanche, le magistrat qui a statué sur le référé-provision peut exercer les fonctions de rapporteur public lors de l'examen de l'affaire par la juridiction du fond (CE 5 juill. 2017, n° 402481, *Lebon* T. ; AJDA 2017. 1424), solution pour le moins discutable.

Ensuite, ce référé n'est pas conditionné par l'urgence : il n'y a donc pas de sélection parmi les préjudices entre ceux qui justifient le recours à cette procédure et d'autres, qui peuvent attendre un jugement au fond. La victime peut demander une provision, dès lors que l'obligation de l'administration n'est pas sérieusement contestable ; elle n'a pas à démontrer la nature particulière de son préjudice. Le juge du référé-provision peut donc connaître de tout litige indemnitaire. Enfin, ses prérogatives ont été précisées de manière favorable à l'extension de son office : il peut assortir la condamnation au paiement d'intérêts moratoires (CE 2 avr. 2004, n° 256504, *Société Alstom Power Turbomachines, Lebon* 150 ; Just. & cass. 2005. 274, concl. D. Piveteau), prononcer une condamnation solidaire

des codébiteurs (CE 19 nov. 1993, n° 135772, *Port autonome de Marseille*, Lebon 324), trancher une question de droit nouvelle (CE 8 mars 2006, n° 273352, *Bertein*, Lebon ; AJDA 2006. 1062 ; RDI 2007. 83, obs. J.-P. Brouant). Ces quelques indices expliquent que l'on qualifie parfois le référé-provision de « référé administratif au fond » et l'ordonnance rendue de « préjugement » (C.-A. Dubreuil, *Le référé-provision, référé administratif au fond*, RFDA 2007. 1005 ; pour une analyse détaillée des particularités du référé-provision, v. aussi O. Le Bot, *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, 2013, p. 528 et s. ; R. Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, Dalloz, 2017, p. 962 et s.).

D'autres éléments contribuent au contraire à contenir l'office du juge du référé-provision. Ainsi, il ne peut trancher une question soulevant une difficulté sérieuse, ni même saisir le Conseil d'Etat d'une telle question dans le cadre de la demande d'avis contentieux régi par l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CE 22 oct. 2008, n° 309956, *Commune de Plestin-les-Grèves*, Lebon T. ; AJDA 2008. 2038 ; CE 3 oct. 2012, n° 360840, *Société Colas Nord Picardie*, Lebon ; AJDA 2012. 1881). La doctrine et les commissaires du gouvernement/rapporteurs publics ont dans un premier temps envisagé l'office du juge du référé-provision sous l'angle de « l'évidence », à laquelle celui-ci devrait se limiter, avant d'admettre que cette notion ne suffit plus à saisir son rôle. La comparaison des conclusions de Laurent Vallée de 2003 et de celles de Delphine Hedary (préc.) de 2013 est éclairante : le premier indique que le juge du référé-provision « sera toujours contraint d'apprécier le fond du droit [...] mais [...] doit s'en tenir, en la matière, à un seuil d'évidence » tandis que la seconde abandonne l'idée d'évidence et présente les nuances jurisprudentielles pour expliciter davantage cet office (L. Vallée, concl. sur CE 29 janv. 2003, n° 250345, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Général Electric Capital Fleet Services*, Dr. fisc. 2003, n° 362 ; v. aussi D. Giltard et M. de Monsembernard, *Référé-provision*, Rép. resp. puiss. publ., 2017, n° 27 et s. ; D. Hedary, concl. sur CE 6 déc. 2013, n° 363290, préc.). La jurisprudence et la pratique du référé-provision permettent dès lors de mieux cerner ce qu'est une obligation non sérieusement contestable en contentieux indemnitaire.

II - Le principe de responsabilité non sérieusement contestable

Alors que la responsabilité est une matière si subjective, l'idée d'une responsabilité non sérieusement contestable peut prêter à sourire. Les appréciations en matière de responsabilité ne sont-elles pas éminemment variables ? La même interrogation a manifestement divisé la doctrine en droit civil (v. la contribution de V. Mazeaud dans ce dossier, p. 1820 ; v. aussi N. Albert-Moretti, F. Leduc et O. Sabard, *Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle. Etude comparée*, LexisNexis, 2017, p. 24 et s.). En droit administratif, le référé-provision est particulièrement utilisé en matière contractuelle et dans ce cadre, l'obligation discutée sera déterminée par les termes du contrat. Il l'est également pour des litiges intéressant la fonction publique, dans des affaires relatives au versement de traitements ou aux droits à pension, qui eux aussi sont déterminés par des textes. En responsabilité extracontractuelle, l'obligation relève de la seule appréciation du juge. Elle nécessite qu'il examine les trois conditions de la responsabilité : fait dommageable, lien de causalité et préjudice. Seule la réunion de ces trois conditions conduit à constater l'existence d'une obligation et donc une responsabilité dans son principe même. La lecture d'ordonnances de référé-provision montre à ce titre que cette procédure s'apparente effectivement à un mini-procès indemnitaire : le juge est unique, l'ordonnance est plus brève qu'une décision au fond, mais le cœur du raisonnement sur la responsabilité - quoique très synthétique dans la première - est déroulé dans l'une et dans l'autre de manière identique.

Pour mieux appréhender la pratique du référé-provision, un échantillon grenoblois a été exploité. 44 ordonnances du tribunal administratif de Grenoble rendues en 2016 et 2017 (aimablement sélectionnées par les services de cette juridiction, et en particulier par M^{me} Bottex, que nous remercions) ont permis d'avoir un aperçu de l'usage qui en est fait devant une juridiction de première instance. Ces ordonnances montrent d'abord que la constatation de l'obligation non sérieusement contestable dépend de la qualité de l'argumentation du défendeur. Le juge peut ainsi relever qu'une obligation n'est pas contestée par l'administration en défense, un tel acquiescement plaide en faveur d'une obligation non sérieusement contestable. Par exemple, en responsabilité médicale, dans le cas d'un oubli de compresse lors d'une opération chirurgicale, le mémoire en défense ne discute pas l'existence d'une faute et l'existence de l'obligation est constatée par le juge (TA Grenoble, 8 juill. 2016, n° 1600349). A l'inverse, si l'administration présente des arguments en défense, cela n'empêche bien entendu pas de considérer l'obligation comme non sérieusement contestable. En outre, si le dossier suscite des doutes dans l'esprit du juge sur l'une ou l'autre des conditions de la responsabilité, la provision ne sera pas octroyée. Il en va ainsi lorsque les pièces du dossier ne permettent pas d'établir avec certitude le lien de causalité (TA Grenoble, 7 mars 2017, n° 1600820).

Ensuite, le référé-provision est utilisé de manière fréquente en responsabilité médicale et, dans ce domaine, la rédaction des ordonnances est fortement influencée par les résultats d'expertise. La dépendance à l'égard de l'expertise que l'on rencontre au fond se retrouve ici accentuée en référé-provision. Enfin, un autre contentieux est propice au référé-provision : il s'agit du contentieux des décisions défavorables prises à l'encontre d'étrangers. Par exemple, un refus de titre de séjour ou un refus d'autorisation de travailler peut causer un préjudice à l'étranger qui en est destinataire. Dans cette matière, le sens des ordonnances varie très fortement mais ce contentieux permet de constater que des praticiens dégagent l'arme du référé-provision pour faire respecter les droits de l'étranger, en particulier dans des cas où la violation du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile par l'administration est patente. Ainsi, malgré l'annulation par le TA de Grenoble d'une décision de refus de titre de séjour, assortie d'une injonction, l'administration ne délivrant toujours pas le titre demandé, le juge du référé-provision est saisi et constate la carence fautive du préfet (TA Grenoble, 24 mai 2012, n° 1200519).

Il y a donc des hypothèses où le principe même de responsabilité de l'administration n'est pas sérieusement contestable, et n'est d'ailleurs pas nécessairement contesté par elle, le référé-provision a donc une véritable utilité et une pertinence en responsabilité extracontractuelle. Son issue varie cependant en fonction des matières. Ainsi, en responsabilité médicale, parmi les vingt dossiers jugés par le TA de Grenoble au sein de l'échantillon d'ordonnances étudiées, douze ont abouti à une provision totalement ou partiellement accordée. En revanche, parmi les vingt-cinq dossiers de droit des étrangers étudiés, sept ont abouti à un octroi de provision, dix-huit ont été rejetés.

III - L'évaluation du préjudice non sérieusement contestable

Dans une décision du 6 décembre 2013, le Conseil d'Etat non seulement détermine les critères de conditions de détention indignes et donc fautives mais établit également un véritable mode d'emploi du référé-provision. Il considère notamment que « pour regarder une obligation comme non sérieusement contestable, il appartient au juge des référés de s'assurer que les éléments qui lui sont soumis par les parties sont de nature à établir l'existence avec un degré suffisant de certitude ; que, dans ce cas, le montant de la provision que peut allouer le juge des référés n'a d'autre limite que celle résultant du caractère non sérieusement contestable de l'obligation dont les parties font état ; que, dans l'hypothèse où l'évaluation du montant de la provision résultant de cette obligation est incertaine, le juge des référés ne doit allouer de provision, le cas échéant assortie d'une garantie, que pour la fraction de ce montant qui lui paraît revêtir un caractère de certitude suffisant » (CE 6 déc. 2013, n° 363290,

Thévenot, Lebon ¹ ; AJDA 2014. 237 ², concl. D. Hedary ³ ; AJ pénal 2014. 143, obs. E. Péchillon ⁴). L'obligation de réparer doit être non sérieusement contestable et le montant de la provision en découle : l'évaluation du préjudice doit présenter ce caractère quasi certain.

Le fait que le montant de la provision ne soit pas plafonné permet à un juge des référés qui aborde son office de manière audacieuse d'aller jusqu'à accorder une provision indemnisant intégralement le préjudice. La victime ainsi désintéressée, l'action au fond, si elle était envisagée, devient inutile (en revanche, le défendeur peut saisir le juge selon les termes de l'article R. 541-4 du CJA : lorsque le créancier n'introduit pas de demande au fond, « la personne condamnée au paiement d'une provision peut saisir le juge du fond d'une requête tendant à la fixation définitive du montant de sa dette »). En pratique, statuant seul, sans rapporteur public et dans un contexte de célérité, le juge du référé-provision pourrait préférer la prudence : sachant que la juridiction peut être saisie au fond, il peut adopter une approche *a minima* de l'indemnisation. En outre, le juge du référé-provision n'est pas limité quant aux préjudices qu'il peut réparer, les préjudices matériels n'étant pas les seuls concernés. Comme le souligne Delphine Hedary, un préjudice moral peut donner lieu à provision, l'office du juge du référé-provision n'est pas réservé au cas « du demandeur présentant une facture définitive pour un préjudice matériel » (concl. préc.). Néanmoins, le préjudice moral étant souvent plus délicat à évaluer, le juge du référé-provision peut être plus timoré sur ce terrain. Une espèce présentée devant le TA de Grenoble en offre une illustration intéressante. M. M., sapeur-pompier professionnel, s'est déclaré gréviste et n'a pas assuré son service à certaines heures durant quelques jours. L'administration du SDIS l'a empêché de reprendre ses tours de garde et l'a privé de rémunération pour la totalité de ces journées, alors même qu'il ne s'était déclaré gréviste que pour une partie de son service. Le juge du référé-provision accorde à ce requérant une provision correspondant à l'intégralité de son préjudice financier. En revanche, alors que M. M. invoque également un préjudice résultant de l'atteinte au droit de grève et à la liberté du travail le concernant, le juge des référés considère que « l'indemnisation demandée de ce chef ne correspond pas à une créance non sérieusement contestable » (TA Grenoble, 10 oct. 2016, n° 1601369). Le préjudice moral d'atteinte à un droit est déjà délicat à envisager devant une juridiction du fond, il l'est manifestement d'autant plus pour le juge du référé-provision dans cette affaire.

L'analyse des ordonnances rendues en matière médicale fait apparaître une fonction insoupçonnée du référé-provision. Dans plusieurs affaires, le juge des référés est saisi d'un litige qui oppose une victime à l'office nationale d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). La configuration peut surprendre dans la mesure où ce fonds a été créé pour favoriser le règlement non contentieux des litiges en matière médicale. Elle est, semble-t-il, vouée à se développer puisque la saisine du juge du référé-provision n'est pas réservée aux hypothèses de responsabilité au sens strict mais peut aussi concerner des mécanismes de solidarité ; ainsi, une infection nosocomiale ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale selon l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique et le juge des référés peut en déduire l'existence d'une obligation non sérieusement contestable (CE 30 juin 2017, n° 401497, ONIAM, Lebon ⁵ T. ; AJDA 2017. 1358 ⁶). Dans de telles affaires, l'obligation est moins souvent contestée que le montant même de la provision. Le juge du référé-provision endosse alors un rôle particulier, il va déterminer le montant indemnitaire sur lequel les parties ne parviennent pas à s'accorder. La rédaction de certaines ordonnances montre ainsi que l'ONIAM (ou un hôpital) argumente essentiellement en défense en réclamant que la provision ne dépasse pas un certain montant. Le juge tranche alors le débat indemnitaire et le fait parfois en accordant précisément le montant proposé par le défendeur (v. TA Grenoble, 10 avr. 2017, n° 1605131, pour l'ONIAM ; TA Grenoble, 25 juin 2014, n° 1306198, pour un hôpital).

Au final, le référé-provision est bien un mini-procès indemnitaire car il conduit le juge à réaliser la synthèse du raisonnement sur la responsabilité que ferait un juge du fond. Il n'est pas un super procès indemnitaire car la victime ne va pas nécessairement obtenir en référé un montant équivalent à ce que lui attribuerait la juridiction au fond ; pratiquer le référé « sec » comporte donc un risque de sous-évaluation du préjudice. En revanche, le référé-provision est aussi un mode accéléré de règlement des litiges en responsabilité : il semble parfois instrumentalisé par les parties pour faire trancher par le juge la seule question du montant indemnitaire.

Mots clés :

CONTENTIEUX * Procédure administrative contentieuse * Référé devant le juge administratif * Référés généraux (non urgents) * Référé-provision