

Indemnisation de l'illégalité : le vade-mecum

CE 18 novembre 2015, *Sereme*, n° 380461, au Leb.

AJDA 2016, p. 800

Caroline Lantero, Maître de Conférences en droit public, Uda, EA4232

Sanctionné le 1^{er} juin 2012 pour avoir refusé de réintégrer sa cellule, c'est-à-dire de se soumettre à une mesure de sécurité définie par les règlements et instructions du service par la Commission de discipline de la maison centrale au sein de laquelle il était détenu, le requérant avait entièrement exécuté sa sanction (douze jours de placement en cellule disciplinaire) lorsque celle-ci fut retirée le 13 juin 2012 par le directeur interrégional des services pénitentiaires au motif qu'elle était entachée d'un vice de procédure. La fiction juridique de la rétroactivité du retrait implique que cette décision est censée n'avoir juridiquement jamais existé, bien qu'ayant produit tous ses effets. Le détenu a sollicité auprès du ministre de la Justice une indemnisation de 2000€ en réparation du préjudice subi. En vain. Il a donc recherché la responsabilité de l'État devant le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne qui a rejeté sa demande indemnitaire au motif que la sanction infligée n'était pas manifestement disproportionnée à la nature et à la gravité de la faute disciplinaire commise et que le vice de procédure « *à supposer qu'il ait affecté la légalité de la décision* », ne permettait pas au requérant de réclamer une indemnisation à ce titre (**TA Châlons-en-Champagne, 11 février 2014, n° 1201821**). Saisi en cassation après renvoi par la Cour de Nancy (l'enjeu du litige indemnitaire étant inférieur à 10 000€, le tribunal a statué en premier et dernier ressort en application des dispositions de l'article R 811-1 du code de justice administrative, n'ouvrant donc la voie qu'à un seul un pourvoi en cassation), le Conseil d'État précise l'office du juge lorsque celui-ci est saisi de conclusions fondées sur l'illégalité d'une décision administrative pour un motif de légalité externe ayant justifié son retrait par l'administration.

Du chemin a été parcouru depuis le temps où les sanctions disciplinaires en milieu pénitentiaire étaient regardées comme des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours (**CE, Ass., 27 janvier 1984, Caillol, Leb. p. 28**). Soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir depuis 1995 (**CE, Ass, 17 février 1995, Marie, Leb. p. 85, GAJA n° 95**), les mesures disciplinaires font désormais l'objet d'un contrôle normal (**CE 1^{er} juin 2015, Boromee, n°380449, au Leb., AJDA 2015, 1596, concl. A. Bretonneau**) et non plus limité à l'erreur manifeste d'appréciation. D'ailleurs, et pour autant que le moyen ait été soulevé, le jugement attaqué aurait pu être annulé pour erreur de droit à ce seul titre, rétroactivité de la jurisprudence oblige, puisque le juge du fond s'est borné à un contrôle restreint. Mais dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État a choisi de saisir l'occasion d'affiner la question des conséquences indemnitaires d'une illégalité.

Les sanctions disciplinaires peuvent aussi faire l'objet d'un recours en responsabilité pour faute de l'État. Si la légalité de la mesure est contestée dans le délai de recours contentieux, les conclusions aux fins d'annulation peuvent être complétées ou suivies de conclusions indemnitaires fondées sur l'illégalité fautive. Un recours indemnitaire excipant de l'illégalité de la décision peut également être introduit, et permet ainsi de s'affranchir des délais du recours pour excès de pouvoir, à condition que le contentieux ait été lié. Dans ce dernier cas de figure, la sanction ne sera pas annulée. Mais, dans le litige soumis au Conseil d'État, la sanction n'avait ni besoin d'être annulée, ni d'être déclarée illégale, puisqu'elle avait été retirée. Pour autant, les conclusions indemnitaires étaient recevables (**CE, sect., 30 avr. 1976, n° 87973, Siméon,**

Lebon 225 ; AJDA 1976. 625, concl. M^{me} Aubin, CE 22 septembre 2014, Delgado, n° 365199, aux T., AJDA 2015. 122, note A. Perrin). Il n'y avait objectivement aucune raison qu'un détenu se voit refuser tout droit à indemnisation au motif que la décision avait été retirée par l'administration (plutôt que sanctionnée par le juge). Le Conseil d'État l'avait admis dans le contentieux des sanctions prononcées à l'encontre de militaires (**CE 7 juin 2010, Bussière, n° 312909, Leb. T. 635-974**).

Lorsque le juge de plein contentieux est saisi de conclusions indemnitaires seules, il ne dispose pas nécessairement des éléments relatifs à la légalité de la décision lui permettant d'apprécier la nature et la gravité des irrégularités. Dans sa décision du 22 septembre 2014, *Delgado* (préc.), où le cas se posait puisque le recours pour excès de pouvoir n'avait pas été introduit, le Conseil d'État a posé les bases d'une méthode d'évaluation en ce qui concerne la réparation des préjudices subis par un fonctionnaire irrégulièrement évincé, en invitant le juge de plein contentieux à se forger une conviction au vu des éléments de l'instruction et en tenant compte notamment de la nature et de la gravité des illégalités affectant la mesure, pour accorder l'indemnité.

Dans l'affaire commentée, la méthode proposée par le Conseil d'État est fort similaire à celle de l'arrêt *Delgado*, mais la décision initiale n'existait plus juridiquement, car elle avait été retirée. Sauf à contester la décision de retrait dans le délai contentieux – ce qui aurait été vain puisqu'il s'agissait d'une décision « favorable » – la légalité de la décision initiale ne pouvait plus être contestée (**CE 19 avril 2000, Borusz, n° 207469, Leb. 157**). Il pourrait d'ailleurs en pratique être tentant pour l'administration pénitentiaire de prendre des mesures disciplinaires, le cas échéant parfaitement illégales, puis de les retirer lorsque celles-ci ont été exécutées. Certes, la procédure de référé-liberté reste ouverte, mais le juge ne reconnaît pas que le placement en cellule disciplinaire constitue – par lui-même – une situation d'urgence (**CE, Ord., 22 avril 2013, Garde des Sceaux, n° 338662 ; CE, ord., 13 août 2014, Garde des Sceaux, n° 383588**). A tout le moins, cette circonstance ne prive pas les intéressés de leur droit à indemnisation, ainsi que le précise le Conseil d'État qui impose au juge de vérifier la nature de l'illégalité en cause pour ensuite vérifier si l'intéressé peut ou non prétendre à indemnisation.

Pour synthétiser, voire schématiser, si toute illégalité est fautive (*Driancourt*), elle n'entraîne pas nécessairement réparation (*Carliez*). Et si tout vice de procédure n'entache pas d'illégalité la décision attaquée (*Danthony*), lorsque c'est le cas, il peut justifier une indemnisation évaluée au terme d'une méthode que le Conseil d'État propose (*Sérème*).

Si toute illégalité est fautive, elle n'entraîne pas nécessairement réparation

« Toute illégalité est fautive ». Ce principe, tiré de la jurisprudence *Driancourt* (qui avait dégagé qu'une erreur d'appréciation était susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration : **CE 26 janv. 1973, Ville de Paris c/ Driancourt, req. n° 84768, Leb p.78, AJDA 1973, 245. Chron. Cabanes et Leger. Sur l'illégalité fautive V. C. Broyelle, Illégalité et faute, RDP 2010, n° 3, pp. 807-824; B. Delaunay, La faute de l'administration, LGDJ 2007, pp. 146-175.**) n'a jamais été remis en cause. Toutefois, la responsabilité de l'administration n'est pas nécessairement engagée si la mesure contestée est justifiée au fond. Ce principe a émergé dès 1964 (**CE 15 juillet 1964, Prat-Flottes, n° 59536, Leb. p. 438 ; CE 30 octobre 1970, Ministre de la Santé Publique et de la sécurité sociale c. Constantin, n° 74997, Leb p. 651**) puis a été consacré par la jurisprudence *Carliez* (**CE, Section, 19 juin 1981, Carliez, n° 20619, Leb. p. 274, AJDA 1982, 103. Concl. Genevois. Voir égal. CE 30 octobre 1970, Ministre de la Santé Publique et de la sécurité sociale c. Constantin, n° 74997, Leb p. 651**) et synthétisé avec l'arrêt *Bussière* : « (...) si l'intervention d'une décision illégale peut constituer une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État, elle ne saurait donner lieu à réparation si, dans le cas d'une

procédure régulière, la même décision aurait pu légalement être prise » (CE 7 juin 2010, **Bussière, préc.**).

Il importe de ne pas réduire l'équation posée par la jurisprudence *Carliez* à une simple disqualification de l'illégalité externe comme faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration, ce dont il n'a jamais été question. Toute illégalité externe ne prive pas, par principe, l'intéressé de rechercher la responsabilité de l'administration. L'arrêt commenté en constitue une parfaite illustration. Rare, mais pas inédite. La jurisprudence *Carliez* impose d'évaluer les conséquences de l'illégalité constatée et de vérifier si le préjudice est en lien direct et certain avec cette illégalité. C'est lui donner une portée inexacte que de rejeter toute conclusion indemnitaire fondée sur une illégalité externe sans vérifier l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice et l'illégalité (CE 3 mai 2004, **Devillers, n° 258399, Leb. T. 851-874**). Si tel n'est pas le cas, la demande indemnitaire n'aboutira pas, faute de lien de causalité direct avec les chefs de préjudices invoqués puisque la décision prise ne peut alors être regardée comme la conséquence du vice dont cette décision était entachée (par ex. CE 15 juillet 1964, **Prat-Flottes, préc.** ; CE 13 juin 1980, **Haeuw, n° 09111, Leb. T. p. 872** ; CE 23 octobre 1987, **Centre hospitalier de Decazeville, n° 46515** ; CE, Sect., 25 juin 1999, **Sté d'eaux minérales et bains de mer d'Allevard, n°188702, Leb. p. 215**).

La nature (externe ou interne) de l'illégalité importe peu, mais son incidence – ou son absence d'incidence – sur la décision qui aurait pu être prise peut constituer une cause d'atténuation ou d'exonération de la responsabilité. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'assemblée *SA Rothmans*, Mme Laroque précisait que « *si une illégalité est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique, cette responsabilité peut être atténuée ou même exclue dès lors qu'une décision ayant la même portée aurait pu être légalement prise* » (CE 28 février 1992, **S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France, n° 56776 et 56777, Leb. 80, AJDA 1992, 2010. Concl. M. Laroque**). C'est ainsi que, dans l'arrêt *Terres et Demeures*, le Conseil d'État juge clairement que « *lorsque les circonstances de l'espèce sont de nature à justifier légalement la décision attaquée, le préjudice allégué ne peut être regardé comme la conséquence du vice dont cette décision est entachée. Il en va donc ainsi lorsqu'il apparaît que, sur le fond, l'administration aurait pris la même décision, et qu'elle aurait pu la prendre légalement.* » (CE 21 mars 2008, **Société « Terres et Demeures », n° 279074**). S'agissant de responsabilité, les causes exonératoires plus classiques telles que la faute de la victime (CE 9 février 2011, **Delassaux, n° 332627, Leb. p. 34, AJDA 2011, 1393, note A. Jacquemet-Gauché**) ou la situation irrégulière de celle-ci (à propos d'une décision illégale d'abattre un élevage alors que le requérant l'exploitait sans autorisation : CE 30 janvier 2013, **Imbert, n° 339918, Leb. p. 9, AJDA 2013, 792**) lui sont également opposables.

Quelle que soit la nature de l'illégalité, externe comme interne, il appartient toujours « *à la victime d'établir la réalité de son préjudice et le lien direct de causalité qui le relie à l'illégalité commise* » (CE, avis, 6 avril 2007, **Commune de Poitiers, n° 299825, Leb. T. 700-1066**). Il ne semble pas en revanche possible d'exiger de la victime qu'elle démontre que la décision attaquée n'était au surplus pas justifiée au fond (voir en ce sens les conclusions de M. De Lesquen sur CE 30 mars 2015, **ASPAS, n°375144, Leb. T., Droit rural n° 435, Août 2015, comm. 150, concl. X. de Lesquen**).

Si tout vice de procédure n'entache pas d'illégalité, il peut fonder une indemnisation

En dépit d'une forte « danthonysation » des moyens de légalité externe dans le procès administratif depuis 2011 (CE, Ass., 23 décembre 2011, **Danthony, n° 335477 Leb. p. 653 ; AJDA 2012. 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier, 296, note P. Cassia, et 423, étude R. Hostiou**), non seulement un vice de procédure peut

encore entacher une décision d'illégalité, mais cette illégalité peut engager la responsabilité de l'administration. Qu'en est-il si la mesure illégale n'est pas contestée, car elle a été retirée ?

Il appartient au juge de plein contentieux, répond le Conseil d'État, de déterminer la nature de l'irrégularité procédurale lorsque celle-ci n'est pas identifiée. C'est le cas dans l'arrêt commenté, l'administration ayant retiré la décision d'elle-même et le juge n'ayant jamais été sollicité, directement ou par voie d'exception, pour se prononcer sur sa légalité. Cette situation devrait rester plutôt rare. Mais si elle se pose, l'office du juge change. Il doit intervenir dans le procès, mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de forger sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur, que ce soit dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir (**CE 26 novembre 2012, Cordière, n° 354108, Leb. P. 394, concl. Bourgeois-Machureau**) ou en plein contentieux (**CE 15 décembre 2010, GIE Garde Ambulancière 80, n° 330867, Leb. T. 923-981**). Le présent arrêt se situe dans cette lignée et pourrait exiger du juge qu'il sollicite par exemple les motifs du retrait de la sanction.

Le juge devra ensuite rechercher « *en forgeant sa conviction au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties, si, compte tenu de la nature et de la gravité de cette irrégularité procédurale, la même décision aurait pu être légalement prise, s'agissant tant du principe même de la sanction que de son quantum, dans le cadre d'une procédure régulière* ». Il ne s'agit plus de s'assurer que la décision était fondée et de disqualifier l'irrégularité si tel est le cas, mais de mesurer l'incidence de l'illégalité externe sur la décision qui aurait été prise sans cette irrégularité.

L'arrêt *Sérème* s'inscrit dans le droit fil d'un principe que le Conseil d'État avait déjà énoncé en 1983 en précisant que l'illégalité externe est susceptible d'engager la responsabilité de l'administration lorsqu'elle a eu une incidence sur la décision prise (**CE 21 octobre 1983, Mme Grenier, n° 33874, Leb. T. 855**). Avec l'arrêt du 18 novembre 2015, le juge devra désormais encore affiner son examen et mesurer non seulement l'influence de l'illégalité sur le *principe* de la sanction, mais aussi l'influence de l'illégalité sur le *quantum* de la sanction, ce qui revient en quelque sorte à se prononcer sur la perte de chance d'obtenir une décision différente. En posant une telle règle, le Conseil d'État ne réduit pas l'office du juge de plein contentieux à l'application d'une sorte de contrechamp de la jurisprudence *Danthony*. Aux termes des conclusions d'Émilie Bokdam-Tognetti, les critères de l'arrêt *Danthony* ne devaient pas être transposés au contentieux indemnitaire afin de ne pas « rigidifier l'approche fine et réaliste de votre jurisprudence *Carliez*, laquelle nous paraît déjà permettre d'appréhender au plus juste l'existence d'un lien direct de causalité » (citée dans **S. Roussel, Indemnisation du préjudice causé par une sanction irrégulière : mode d'emploi, Gaz. Pal., Chron. 12 janvier 2016 n° 2, p. 34**).