

Responsabilité sans faute et statut des moyens d'ordre public en cassation

Francis Donnat, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

Didier Casas, Maître des requêtes au Conseil d'Etat

L'essentiel

Le moyen de cassation tiré de ce que le juge du fond aurait à tort expressément écarté un moyen tiré de la responsabilité sans faute est un moyen d'erreur de droit, lequel n'est pas lui-même d'ordre public. La responsabilité de l'Etat peut être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature peut causer à des activités - notamment agricoles - autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces.

Tout comme l'écrivain espagnol Rafael Alberti a pu se vanter « d'avoir vu deux fois la comète de Halley », dont la période est de 76 ans, il sera peut-être donné à certains observateurs de la jurisprudence administrative de dire qu'ils ont pu, par deux fois, voir la responsabilité sans faute de l'Etat législateur reconnue par le Conseil d'Etat. En effet, c'est pour la première fois depuis 1944 (21 janvier 1944, *Caucheteaux et Desmont*, Lebon p. 22<sup>1</sup>) que le Conseil d'Etat accepte, par la décision de Section *Association pour le développement de l'aquaculture en Région Centre (ADARC) et autres*, lue le 30 juillet 2003<sup>2</sup>, d'indemniser, en application de la jurisprudence *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette* (CE Ass. 4 janvier 1938, Lebon p. 25 ; S. 1938, 3, p. 25, concl. Roujou, note P. Laroque ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., n° 53), des préjudices causés par une loi.

Intéressante pour l'application de la jurisprudence sur la responsabilité sans faute du fait des lois, cette décision *ADARC et autres* l'est à un double titre : avant de reconnaître que le préjudice résultant de la prolifération des animaux sauvages appartenant à des espèces dont la destruction a été interdite peut donner lieu à réparation sur ce terrain, elle tranche implicitement mais nécessairement une question de procédure concernant la recevabilité en cassation du moyen tiré de la responsabilité sans faute.

Les moyens d'ordre public en cassation

Un moyen d'ordre public est, pour reprendre la définition donnée par Raymond Odent, « un moyen relatif à une question d'une importance telle que le juge méconnaîtrait lui-même la règle de droit qu'il a pour mission de faire respecter si la décision juridictionnelle rendue n'en tenait pas compte » (*Cours*, p. 1205). En cassation, les moyens d'ordre public présentent la double particularité de pouvoir être présentés pour la première fois devant le juge, qui pourra également les soulever d'office, à la condition, toutefois, que ces moyens ressortent manifestement des pièces du dossier au vu duquel le juge se prononce.

Il est de jurisprudence constante que la responsabilité sans faute est d'ordre public devant le juge du fond (CE 20 décembre 1974, *Commune de Barjols*, Lebon p. 1161 ; CE 30 juin 1999, *Foucher*<sup>3</sup>, Lebon p. 232<sup>4</sup> ; RFDA 1999, p. 1210, concl. Bergeal<sup>5</sup>). Or la décision du 30 juillet 2003 juge implicitement mais nécessairement que le moyen tiré de la responsabilité sans faute n'était pas, en l'espèce, un moyen d'ordre public en cassation.

La motivation de la décision est sur ce point éclairante : pour juger que les requérants étaient,

à l'appui de leur pourvoi, recevables à invoquer le moyen tiré de la responsabilité sans faute de l'Etat, le Conseil d'Etat prend le soin de relever tout d'abord que si ce moyen a été soulevé après l'expiration du délai de recours, les requérants avaient, dans le délai, présenté un moyen tiré de l'existence d'une faute. Il poursuit en rappelant que le moyen tiré de la responsabilité sans faute de l'Etat se rattache, tout comme celui tiré d'une faute, à la contestation du bien-fondé de l'arrêt, et qu'il est ainsi fondé sur la même cause juridique. Il en déduit alors que le moyen tiré de la responsabilité sans faute de l'Etat est recevable.

On aura reconnu sans peine, à cette façon de faire, une application de la jurisprudence *Intercopie* (CE Sect. 20 février 1953, Lebon p. 88) qui régit la recevabilité des moyens. En application de cette règle de procédure, dégagée d'ailleurs à l'occasion d'un litige dans lequel le Conseil d'Etat se prononçait en tant que juge de cassation, mais qui n'est pas spécifique à ce contentieux, le requérant ne peut, après l'expiration du délai de recours, changer la cause juridique de sa demande, de sa requête ou de son pourvoi en cassation. Deux causes juridiques, et deux seulement, ont été distinguées : celle qui conteste la légalité externe et celle qui conteste la légalité interne des décisions administratives attaquées pour excès de pouvoir. Cette distinction recoupe, en cassation, celle qui sépare les moyens relatifs à la compétence de la juridiction de fond, à la procédure suivie devant cette dernière et à la forme du jugement, qui sont des moyens de légalité externe, des moyens relatifs au bien-fondé du jugement, qui sont de légalité interne (v. J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl et M. Guyomar, *Le Conseil d'Etat juge de cassation*, Berger-Levrault, 5<sup>e</sup> éd., n° 102).

Or, en l'espèce, si le Conseil d'Etat prend le soin de vérifier que le moyen tiré de la responsabilité sans faute se rattache à la même cause juridique qu'un moyen présenté dans le délai de recours, c'est parce qu'il a considéré que ce moyen n'était recevable en cassation qu'à cette condition. Il a donc implicitement mais nécessairement jugé que ce moyen n'était pas en l'espèce d'ordre public devant lui : un moyen d'ordre public pouvant être en effet soulevé à n'importe quel stade de la procédure devant le juge administratif, on ne comprendrait pas que le Conseil d'Etat fasse l'effort de tenir un raisonnement qui aurait été inutile si un tel moyen avait été considéré comme d'ordre public. En faisant le détour par la jurisprudence *Intercopie*, le Conseil d'Etat a nécessairement jugé qu'un tel moyen n'était pas, en l'espèce, d'ordre public en cassation (2).


La portée de cette évolution de jurisprudence doit être toutefois précisée.

Elle ne signifie pas que le moyen tiré de la responsabilité sans faute perdrait son caractère d'ordre public en cassation. La décision *ADARC et autres* juge, plus simplement, que la question ayant été débattue devant le juge du fond, qui a expressément écarté le terrain de la responsabilité sans faute, le moyen de cassation tiré de ce que la cour administrative d'appel aurait à tort écarté ce terrain est un moyen d'erreur de droit, qui n'est pas lui-même d'ordre public. Elle doit être ainsi lue comme fixant la règle de procédure suivante : le moyen de cassation tiré de ce que le juge du fond aurait à tort expressément écarté un moyen tiré de la responsabilité sans faute est un moyen d'erreur de droit, lequel n'est pas lui-même d'ordre public. En d'autres termes, le fait que le moyen d'erreur de droit porte ici sur l'étendue d'une question d'ordre public explicitement écartée ne saisit pas le juge de cassation d'une question d'ordre public.

En conséquence, la recevabilité en cassation de ce moyen d'erreur de droit est soumise aux règles de la jurisprudence *Intercopie*. C'est ce que juge implicitement la décision *ADARC et autres*. De même et toujours par voie de conséquence, dès lors que le moyen d'erreur de droit n'est pas lui-même d'ordre public, le juge de cassation ne peut plus le soulever d'office, alors même, encore une fois, que l'erreur de droit porte sur l'application d'un moyen d'ordre public (3).

Cette solution peut s'expliquer par les termes mêmes de la décision commentée. Il en ressort que si la cour administrative d'appel s'était, en l'espèce, placée sur le bon terrain, il était soutenu qu'elle en avait fait une mauvaise application. On comprend qu'un tel moyen, intellectuellement, s'apparente plus à de l'erreur de droit qu'à autre chose. Dès lors, en outre, que la question de la responsabilité sans faute a été débattue devant le juge du fond, et que


celui-ci s'est expressément prononcé sur la question, on peut également comprendre que le juge de cassation estime qu'il appartient à l'auteur du pourvoi, s'il s'y estime fondé, de reposer la question en cassation. Celle-ci apparaissant expressément dans l'arrêt, elle n'a plus à être soulevée d'office par le juge de cassation.

Cette solution nous semble pouvoir être rapprochée de celle consistant à dire que si les irrégularités concernant la recevabilité de la demande qui a saisi les juges du fond sont en général d'ordre public en cassation (CE 23 janvier 1968, *Szydlo*, Lebon tables p. 1068), le moyen tiré de ce qu'une irrecevabilité aurait à tort été opposée en première instance n'est pas d'ordre public et ne peut donc être invoqué pour la première fois en cassation, si le requérant n'a pas contesté en appel cette irrecevabilité (CE 15 avril 1996, *Devoto*, Lebon tables p. 1130 ) , qui étend à la cassation la jurisprudence selon laquelle le Conseil d'Etat juge d'appel se refusait à rechercher d'office si une irrecevabilité avait été opposée à bon droit : CE 23 décembre 1987, *Onyemuwa Chikezie*, Lebon tables p. 891).

Cela étant, la décision du 30 juillet 2003 nous semble soulever plus de questions qu'elle n'en résout. Deux peuvent être d'ores et déjà soulignées.

Les difficultés de la transposition de la solution au cas où le juge du fond a implicitement mais nécessairement écarté le moyen

En premier lieu, ainsi que l'on sait, le juge qui ne se prononce pas expressément sur un moyen d'ordre public est supposé l'avoir implicitement mais nécessairement écarté et il n'y a pas, en théorie, de différence de nature entre le moyen d'ordre public écarté implicitement et celui écarté expressément. Dans un cas comme dans l'autre, le juge doit être considéré comme ayant examiné le moyen et comme l'ayant écarté. Ainsi, et à supposer que la cour administrative d'appel ait, en l'espèce, implicitement et non expressément écarté le terrain de la responsabilité sans faute, le moyen de cassation se serait à nos yeux présenté de la même façon : étendant la jurisprudence *ADARC et autres* à ce cas, le moyen tiré de ce que la cour aurait implicitement mais nécessairement écarté à tort la responsabilité sans faute devrait être, lui aussi, considéré comme un moyen d'erreur de droit, qui ne serait donc pas lui-même un moyen d'ordre public. Que le juge du fond écarte expressément ou implicitement ce moyen, il semble, à suivre aveuglément la logique de la décision *ADARC et autres*, que le moyen de cassation sera toujours un moyen d'erreur de droit, dépourvu du caractère d'ordre public. Dans quelles circonstances, dès lors, le juge de cassation pourra-t-il encore être saisi d'un moyen d'ordre public ou pourra-t-il le relever lui-même d'office ?

En second lieu, la décision *ADARC et autres* - à supposer qu'elle puisse être étendue à d'autres moyens d'ordre public, ce qui reste à juger - nous semble difficilement conciliable avec la jurisprudence selon laquelle le juge de cassation peut, tout comme le juge de l'excès de pouvoir, relever d'office l'incompétence de l'auteur de la décision contestée devant les juges du fond (CE 6 janvier 1928, *Grainetier*, Lebon p. 28). Cette jurisprudence a pourtant été confirmée récemment : le juge de cassation doit soulever d'office le fait pour une cour administrative d'appel de ne pas avoir relevé d'office l'incompétence dont était entachée la décision contestée devant elle (CE 29 mars 2000, *Pacha*, req. n° 196127, à mentionner aux tables du Lebon ). Mais, à en croire la logique de la décision *ADARC et autres*, le fait pour la cour administrative d'appel d'écarter implicitement mais nécessairement le moyen tiré de l'incompétence de la décision contestée devant elle relève de l'erreur de droit. Il n'est donc pas susceptible d'être soulevé d'office par le juge de cassation, contrairement à ce que juge la décision *Pacha*.

En l'état de la jurisprudence, de nombreuses pistes de réflexion peuvent sans doute être ouvertes. Trois au moins nous viennent à l'esprit.

La première consisterait à juger que la solution dégagée par la décision *ADARC et autres* ne vaut que dans le cas de figure où le juge du fond s'est expressément prononcé sur le moyen tiré de la responsabilité sans faute. Dans l'hypothèse où le moyen aurait été implicitement écarté, le moyen de cassation resterait d'ordre public et pourrait être relevé d'office par le Conseil d'Etat. Cette solution est sans doute la plus simple. Le juge de cassation s'en tiendrait

à ce que les parties devant le juge du fond peuvent lire dans l'arrêt rendu par lui. Elle nous semble toutefois être la plus difficilement justifiable. Nous ne voyons pas en effet de raison déterminante de juger que la responsabilité sans faute serait d'ordre public en cassation lorsqu'elle a été implicitement écartée mais non lorsqu'elle l'a été explicitement : ainsi qu'il a été dit précédemment, il n'y a pas, en théorie, de différence de nature entre le moyen d'ordre public écarté implicitement et celui qui l'a été explicitement.

Une deuxième piste, plus radicale, consisterait à dire que le moyen tiré de la responsabilité sans faute est d'ordre public devant les juges du fond mais perd cette qualité devant le juge de cassation. Il serait certes curieux d'observer une telle mutation du moyen. Mais cette innovation, qui encore une fois n'est pas celle de la décision *ADARC et autres*, pourrait se justifier. Il ne paraît pas absurde de penser que la question de la responsabilité sans faute n'est d'ordre public que pour le juge qui statue sur la responsabilité, qui décide de condamner ou pas. Le juge de cassation, lui, ne juge pas de la responsabilité, mais seulement du bien-fondé du jugement qui lui est soumis. Il n'est donc pas besoin, pour distinguer entre la cassation et le fond, de dire que c'est le moyen qui subirait une mutation en perdant son caractère d'ordre public. Ce qui change réellement, c'est l'office du juge.

Mais cette deuxième piste présente encore des difficultés. Le même raisonnement pourrait en effet être tenu en excès de pouvoir : le juge de cassation n'est pas plus juge de l'excès de pouvoir qu'il n'est juge de la responsabilité. On ne comprendrait pas pourquoi, dans ce cas, il serait possible d'admettre, dans le contentieux de l'annulation, que le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte reste d'ordre public en cassation (décision *Pacha*, préc) et pas la question, dans le contentieux de la responsabilité, de celle retenue sans faute.

En réalité, la question de la responsabilité sans faute, comme celle, un peu symétrique, de savoir si une personne publique n'a pas été condamnée à payer une somme qu'elle ne devait pas (CE Sect. 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, Lebon p. 268), est une question qui mélange le droit et le fait d'une manière qui rend particulièrement difficile le travail du juge de cassation. L'appréciation, en cassation, du moyen tiré de la jurisprudence *Mergui* impose sans doute d'étendre le contrôle du juge de cassation à des questions qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (v., à cet égard, CE Sect. 26 juin 1992, *Commune de Bethoncourt c/ Consorts Barbier*, Lebon p. 268 ; AJDA 1992, chron. C. Maugué et R. Schwartz, p. 650). Le même raisonnement vaut pour la responsabilité sans faute : si, en l'espèce, la question posée au Conseil d'Etat par l'ADARC et autres était une question de pur droit, il n'en ira pas de même dans les cas par exemple où la responsabilité sans faute aura été écartée en l'absence de préjudice anormal.

Une troisième piste s'ouvre alors, qui consisterait à distinguer entre les moyens d'ordre public qui sont des moyens de pur droit et ceux qui sont des moyens mélangés de fait et de droit. Les premiers resteraient d'ordre public devant le juge de cassation, les autres perdraient devant lui cette qualité. On comprendrait mieux la coexistence de la jurisprudence *ADARC et autres* avec celle issue de la décision *Pacha* même si, encore une fois, la question posée en l'espèce par le requérant était de pur droit. Mais cette solution ne serait pas non plus sans comporter des inconvénients : est-il possible de distinguer clairement les moyens de pur droit des autres ? Est-il opportun de juger que certains moyens sont, en quelque sorte, plus d'ordre public que d'autres ?

En définitive, la solution de la décision *ADARC et autres* semble plus difficile à comprendre si l'on fait l'effort de la transposer à l'hypothèse dans laquelle le moyen d'ordre public a été implicitement mais nécessairement écarté par le juge du fond. Elle stimule à tout le moins la réflexion sur le statut des moyens d'ordre public en cassation. Certains penseront peut-être qu'il est raisonnable que le Conseil d'Etat soit moins généreux en tant que juge de cassation ; d'autres, au contraire, qu'il serait regrettable que le juge suprême de l'ordre administratif se mutile ainsi en se privant de la possibilité de censurer d'office les illégalités les plus importantes. En tout état de cause, une clarification de la jurisprudence serait la bienvenue.

La responsabilité de l'Etat législateur du fait de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection

de la nature

Sur le fond, le Conseil d'Etat était saisi de la question de savoir si les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées pouvaient donner lieu à indemnisation par l'Etat. Les requérants, qui représentaient des exploitants de pisciculture dans une région fréquentée une partie de l'année par les grands cormorans, se plaignaient des ravages causés à leurs exploitations par cet oiseau, dont la nature a voulu qu'il soit un grand amateur de poisson, et le gouvernement qu'il soit inscrit au nombre des espèces protégées en application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.

Le Conseil d'Etat fait droit à leur demande en se plaçant sur le terrain de la responsabilité sans faute du fait des lois en procédant, ainsi qu'il convient, en deux temps.

Le premier consiste à rechercher la volonté du législateur. S'il ressort du texte de la loi ou de ses travaux préparatoires que celui-ci a entendu exclure toute indemnisation, la responsabilité ne sera évidemment pas admise (CE Sect. 22 novembre 1957, *Compagnie de navigation Fraissinet*, Lebon p. 635). Il en va ainsi lorsque la loi met fin à une activité frauduleuse (CE 14 janvier 1938, *Compagnie générale de grande pêche*, Lebon p. 23) ou dangereuse (CE 6 janvier 1956, *Manufacture d'armes et de cycles*, Lebon p. 3). Il en va également ainsi lorsque la loi est intervenue dans un intérêt général et prééminent : elle est alors interprétée par le juge administratif comme comportant implicitement l'exclusion de toute indemnisation. Tel est le cas, par exemple, d'une loi adoptée afin de sauvegarder la santé publique (CE 24 avril 1953, *Etablissements Chosson*, Lebon p. 191), de lutter contre la hausse des prix (CE 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, Lebon p. 359) ou de favoriser les économies d'énergie (CE 24 octobre 1984, *Société Claude Publicité*, Lebon p. 338).

En l'espèce, la décision du 30 juillet 2003 juge « qu'il ne ressort ni de l'objet ni des termes de la loi du 10 juillet 1976, non plus que de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités - notamment agricoles - autres que celles qui sont de nature à porter atteinte à l'objectif de protection des espèces que le législateur s'était assigné ». Ce faisant, elle abandonne certainement la jurisprudence *Ministre de l'Environnement c/ Plan* (CE 21 janvier 1998, Lebon p. 19 ; RFDA 1998, p. 565, note P. Bon) qui jugeait que le législateur, eu égard à l'objet en vue duquel les dispositions de la loi du 10 juillet 1976 avaient été édictées, dans l'intérêt général, avait entendu exclure la responsabilité de l'Etat à raison des conséquences que lesdites dispositions ont pu comporter pour les cultures exposées aux dégâts occasionnés par ces animaux. En revanche, elle ne remet pas en cause, par sa motivation, la jurisprudence *Rouillon* (CE 14 décembre 1984, Lebon p. 423, concl. B. Stirn) qui écarte la responsabilité de l'Etat législateur du fait de la même loi du 10 juillet 1976 à raison des conséquences que cette loi a pu comporter pour l'activité professionnelle de taxidermiste.

Le second temps consiste, pour le juge, à vérifier que les conditions tenant aux caractères du préjudice sont réunies. Celui-ci, bien entendu, ne peut être indemnisé que s'il est direct et certain. Il faut en outre, s'agissant de la responsabilité de l'Etat législateur, qu'il revête un caractère grave et spécial. La première condition a trait à l'importance du préjudice, et un dommage sans gravité ou qui n'est pas suffisamment grave ne sera pas indemnisé (CE Sect. 27 janvier 1961, *Sieur Vannier*, Lebon p. 60, concl. J. Kahn, pour le préjudice subi par les propriétaires « d'appareils récepteurs de télévision 441 lignes » en raison de la cessation des émissions sur cette définition). La seconde a trait à son étendue, et un préjudice qui n'est pas spécial au requérant, en raison, par exemple, de la généralité du champ d'application du texte, ne pourra pas plus faire l'objet d'une réparation (CE Ass. 10 janvier 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Cauche*, Lebon p. 108, pour la législation interdisant l'expulsion d'occupants de logements pendant l'hiver).

C'est ce que rappelle la décision commentée en jugeant « que le préjudice résultant de la prolifération des animaux sauvages appartenant à des espèces dont la destruction a été interdite en application de ces dispositions doit faire l'objet d'une indemnisation par l'Etat lorsque, excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, il revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux

intéressés ». La motivation retenue souligne par là même que le principe d'égalité devant les charges publiques est au fondement de la jurisprudence sur la responsabilité sans faute du fait des lois ou des décisions légalement prises.

Deux brèves remarques peuvent enfin être faites.

Relevons, d'une part, que l'affaire est renvoyée devant une cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat ayant sans doute estimé que l'affaire n'était pas, après cassation, en l'état d'être jugée au fond par lui comme l'y autorise l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

La décision du 30 juillet 2003 laisse d'autre part entière une question redoutable qui se posait après cassation. Le grand cormoran ayant été aussi protégé en vertu de la directive communautaire du 2 avril 1979, jusqu'à sa modification par une directive du 29 juillet 1997, n'y a-t-il pas, dans ces conditions, matière à dire que les dommages causés par ces oiseaux sont, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de cette dernière directive, imputables à la Communauté européenne et non à l'Etat ? A n'en pas douter, cette question se représentera dans l'avenir devant la juridiction administrative.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE \* Responsabilité sans faute \* Egalité devant les charges publiques \* Responsabilité du fait de la loi  
PROCEDURE CONTENTIEUSE \* Cassation \* Erreur de droit  
PROCEDURE CONTENTIEUSE \* Pouvoir du juge \* Moyen d'ordre public

(1) V., pour les difficultés d'exécution de cette décision, CE 2 mai 1962, *Caucheteaux et Desmont*, Lebon p. 291 ; chron. Galabert et Gentot, AJDA 1962, p. 421 ; v. également, pour la reconnaissance de la responsabilité sans faute du fait d'une ordonnance, CE 25 janvier 1964, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Bovero*, Lebon p. 53 ; chron. Gentot et Fourré, AJDA 1963, p. 94.

(2) Relevons tout de même que le moyen avait été, en l'espèce, communiqué aux parties par le Conseil d'Etat. Or, il a été jugé que, lorsqu'un moyen ne figurait pas à l'origine dans les écritures du requérant, mais est présenté par ce dernier à la suite de la communication que lui a faite le juge que le moyen était susceptible d'être relevé d'office, il doit être regardé comme régulièrement soulevé alors même qu'il s'avérerait que le moyen n'avait pas à être relevé d'office (CE 30 juin 1999, *Foucher*, préc.). Il n'était donc peut-être pas en tout état de cause nécessaire à la solution du litige de trancher la question.

(3) Sauf à considérer, ce que nous ne pensons pas, qu'un tel moyen, sans pouvoir être présenté à tout instant par le requérant, pourrait toujours être soulevé d'office par le juge : on ne comprendrait pas qu'il reste, en somme, d'ordre public pour le juge, mais devienne un simple moyen d'erreur de droit pour l'auteur du pourvoi.