

La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées. Problèmes de procédure. La recevabilité du moyen en cassation Note sur Conseil d'Etat, Section, 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres* <sup>(1)</sup>, AJDA 2003, p. 1815, chron. Donnat et Casas <sup>(2)</sup>

Dominique Pouyaud, Professeur à l'Université René Descartes (Paris V)

L'arrêt du 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre (ADARC)*, a essentiellement retenu l'attention en ce qu'il ne constitue que la quatrième application en soixante-cinq ans de la responsabilité de l'Etat du fait des lois, la dernière remontant à presque quarante ans <sup>(3)</sup>(1).

En effet les conditions de mise en jeu de la jurisprudence *La Fleurette* ont fait jusqu'ici l'objet d'une interprétation si restrictive qu'elles n'ont été qu'exceptionnellement réunies. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes, annulé par le Conseil d'Etat <sup>(4)</sup>(2), se situait dans cette lignée. Au motif que la loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, avait, en raison de son objet d'intérêt général, exclu l'indemnisation <sup>(5)</sup>(3), la cour avait refusé d'admettre la responsabilité sans faute de l'Etat du fait des dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées. La cour avait ainsi fidèlement appliqué la jurisprudence du Conseil d'Etat déniant tout droit à réparation dans de semblables hypothèses <sup>(6)</sup>(4). Le Conseil d'Etat, en admettant la responsabilité de l'Etat législateur, du fait que la loi n'a pas 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 », renonce donc, dans le cas particulier, à sa jurisprudence restrictive pour revenir à une conception plus respectueuse de l'esprit de la jurisprudence *La Fleurette*. En dehors de cette évolution importante pour le droit de la responsabilité, l'arrêt est intéressant en ce qui concerne la recevabilité des moyens en cassation. Ce sont ces aspects procéduraux qui nous retiendront ici <sup>(7)</sup>(5).

Vraisemblablement parce que l'arrêt de la cour administrative d'appel constituait l'application fidèle de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, l'association requérante avait abandonné en cassation le terrain de la responsabilité sans faute qui paraissait voué à l'échec, pour n'invoquer que la seule responsabilité pour faute. Mais le secrétariat de la sous-section chargée de l'instruction l'ayant informée de ce que le moyen tiré de la responsabilité sans faute était susceptible d'être relevé d'office, alors que le délai du pourvoi était expiré, elle a invoqué à titre complémentaire la responsabilité du fait des lois. Le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du moyen car il se « rattache, tout comme celui tiré d'une faute de l'Etat, à la contestation du bien-fondé de l'arrêt et est ainsi fondé sur la même cause juridique ».

Le Conseil d'Etat a donc admis la recevabilité du moyen invoqué tardivement en application de la jurisprudence *Intercopie* <sup>(8)</sup>(6) et non en raison du caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute, caractère qu'il a au contraire implicitement écarté en l'espèce. En effet pour déterminer la recevabilité d'un moyen présenté après l'expiration du délai de recours ou de pourvoi, il semble que le juge commence par s'interroger sur son caractère d'ordre public et, qu'à défaut, il examine la cause juridique sur laquelle il repose par rapport à la demande qui l'a saisi. La nature même des moyens d'ordre public, la possibilité de les invoquer à n'importe quel stade de la procédure et l'obligation <sup>(9)</sup>(7), et non la simple faculté, qui s'impose au juge de les relever d'office, conduisent à penser qu'il les examine prioritairement <sup>(10)</sup>(8) et que les terrains sur lesquels il se place pour admettre la recevabilité d'un moyen ne sont pas interchangeables.

Le Conseil d'Etat s'est conformé à sa jurisprudence traditionnelle pour admettre la recevabilité

du moyen reposant sur la même cause juridique que la demande initiale. Au contraire, il s'est départi de sa jurisprudence antérieure en excluant implicitement le caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute. Tant le fondement retenu que celui qui a été exclu nous apportent des enseignements - et suscitent des interrogations - sur la mutation, liée à la spécificité de l'office du juge de cassation, qui affecte les notions de cause de la demande et de moyens d'ordre public lorsque l'affaire atteint le stade de la cassation.

La mutation des causes de la demande

L'arrêt ne fait qu'appliquer une jurisprudence vieille d'un demi-siècle. Mais il souligne comment l'évolution de la notion de cause de la demande en cassation rend recevables des moyens invoqués hors délai. Cette extension est toutefois limitée par la règle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux en cassation.

A - L'expiration du délai de recours cristallise le débat contentieux et l'étendue du litige ne peut plus être modifiée. Le requérant ne peut, à l'expiration de ce délai, rectifier la cause juridique de sa demande en présentant des moyens relevant d'une cause distincte de celle invoquée dans son pourvoi. Cette règle générale en contentieux administratif n'a pas son équivalent devant la Cour de cassation (9) bien qu'elle se rattache au principe fondamental, commun aux procédures civile et administrative, de l'immutabilité de la demande.

La notion de cause ne fait pas l'objet d'une définition précise. C'est une notion « fonctionnelle », comprise par certains comme le « fondement juridique » de la demande en justice (10), par d'autres comme le « principe juridique en vertu duquel le plaideur réclame l'objet de sa demande » (11). Il n'est pas toujours facile d'en préciser les contours. Relativement claire dans les contentieux objectifs, elle est beaucoup plus complexe dans les contentieux subjectifs. La jurisprudence distingue, en cassation (12) comme en excès de pouvoir (13), deux causes correspondant aux moyens de légalité externe et de légalité interne (14). Bien que la notion de cause ait été appliquée initialement dans le contentieux contractuel (15), elle demeure très complexe et diversifiée en plein contentieux. Si les évolutions jurisprudentielles et législatives l'ont clarifiée dans les pleins contentieux objectifs - contentieux fiscal et électoral - elle est beaucoup plus difficile à cerner dans le plein contentieux subjectif, notamment dans celui de la responsabilité. Responsabilité contractuelle, extracontractuelle, responsabilité fondée sur l'enrichissement sans cause, reposant sur un régime législatif spécial, responsabilité pour faute, sans faute, responsabilité pour illégalité d'une décision, pour faute de service, pour défaut d'entretien normal de l'ouvrage public, responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes... Autant de causes différentes en ce qui concerne la seule question des fondements de la responsabilité (16).

B - Ce foisonnement des causes de la demande en responsabilité disparaît en cassation. L'arrêt *ADARC* fait nettement ressortir la mutation subie par la notion de cause si on la compare devant le juge du fond (17) et devant le juge de cassation. Alors qu'en vertu d'une jurisprudence constante, les terrains de la responsabilité pour faute et de la responsabilité sans faute constituent deux causes juridiques distinctes devant les juridictions de première instance ou d'appel (18), l'arrêt précise que les deux responsabilités relèvent de la même cause juridique en cassation. En effet la pertinence du choix de l'un ou de l'autre terrain affecte également le bien-fondé de l'arrêt. Dès lors que le requérant a invoqué la responsabilité pour faute dans le délai du pourvoi, il peut encore, après l'expiration de ce délai, se placer sur le terrain de la responsabilité sans faute, sans que cela constitue une demande nouvelle. Le Conseil d'Etat admet en effet la recevabilité de ce moyen parce qu'il « se rattache, tout comme celui tiré d'une faute de l'Etat, à la contestation du bien-fondé de l'arrêt et est ainsi fondé sur la même cause juridique ».

La notion de régularité interne pour le juge de cassation est donc très large puisqu'elle inclut tous les éléments constituant le bien-fondé de la décision juridictionnelle - contrôle de l'erreur de droit, de l'exactitude matérielle, de la dénaturation et de la qualification juridique des faits. Elle s'oppose à la régularité externe de la décision (19), c'est-à-dire aux modalités de son élaboration comprenant l'examen des règles de compétence, de forme (20) ou de procédure. Cette classification reflète le rôle du juge de cassation qui ne juge pas l'affaire mais le

jugement. La régularité interne correspond au raisonnement qu'a tenu le juge pour régler l'affaire au fond ; la régularité externe, à la présentation du jugement et porte donc sur des moyens nouveaux en cassation qui ne pouvaient par nature être invoqués auparavant. On distingue « ce qui a été jugé » par opposition à la « manière dont il a été jugé » (21).

On peut également classer au sein de la légalité interne les moyens tenant à l'irrégularité externe de la décision de premier ressort. Juger à tort que la juridiction de premier ressort était irrégulièrement composée constituée, de la part du juge d'appel, une erreur de droit relevant de la légalité interne de sa décision.

Si l'on transpose le raisonnement au contentieux de l'excès de pouvoir (22), cette mutation de la notion de cause est encore plus frappante. Elle n'y aboutit pas seulement, comme dans le contentieux de la responsabilité, à une concentration des moyens au sein de la légalité interne, mais également à une modification de leur nature. Ce qui constituait un moyen de légalité externe en excès de pouvoir devient un moyen de légalité interne en cassation (23). L'analyse par le juge du fond des moyens relatifs à l'incompétence de l'auteur de l'acte ou au vice de forme ou de procédure dans l'élaboration de l'acte administratif se rapporte au bien-fondé de la décision juridictionnelle. Bien que ces moyens constituent des moyens de légalité externe au regard de l'acte administratif, ils relèvent en cassation de la régularité interne de la décision juridictionnelle. On peut de ce fait invoquer hors délai l'erreur du juge du fond portant sur l'application des règles de forme, dès lors qu'a été invoquée dans le délai de deux mois la violation de la règle de droit par le juge d'appel puisque les deux moyens reposent sur la même cause juridique (24). Cette mutation est plus marquante depuis que les appels des décisions rendues en excès de pouvoir ont été transférés aux cours administratives d'appel. Désormais un arrêt rendu en excès de pouvoir peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation et, s'agissant de la même affaire, la transformation qui affecte les moyens n'en est que plus flagrante.

On assiste ainsi, devant le juge de cassation, à un élargissement de la notion de la cause de légalité interne. Bien qu'on assimile les notions de cause en excès de pouvoir et en cassation du fait d'une classification en deux catégories apparemment similaires et qu'on se réfère dans chacun de ces contentieux à la jurisprudence *Intercopie*, celle-ci n'y a pas le même sens tout simplement parce que, dans un cas, est contrôlée la décision administrative, dans l'autre la décision juridictionnelle. La distinction entre les deux modalités de la légalité de la décision administrative disparaît lorsqu'il s'agit d'apprécier le bien-fondé de la décision juridictionnelle. Ce bien-fondé repose sur la correcte appréciation par le juge du fond de tous les éléments de la légalité de la décision administrative, qu'ils se rapportent à sa régularité « interne » ou « externe ».

C - Cet élargissement en cassation de la recevabilité des moyens invoqués hors délai est compensé par un rétrécissement du champ des moyens invocables qui ne peuvent être que des moyens de droit préalablement soumis au juge dont la décision est frappée de pourvoi. Le Conseil d'Etat veille strictement au respect de cette condition traditionnelle et constante (25) qui correspond à la nature même du recours en cassation. Comme la Cour de cassation (26), il ne saurait censurer la décision d'un juge « en raison de moyens qui n'ont pas été invoqués devant lui alors qu'ils étaient susceptibles de lui être présentés » (27). Il s'agit des moyens qui, alors qu'aucun obstacle ne s'y opposait, n'ont été invoqués en appel ni par le demandeur ni par le défendeur (28). Le débat est figé par les conclusions d'appel.

Si le Conseil d'Etat assimile désormais aux moyens invoqués en appel ceux qui ont été soumis au juge d'appel par l'effet dévolutif (29), ne sont pas couverts par cet effet dévolutif et ne sont donc pas recevables en cassation (30) les moyens invoqués en première instance mais qui n'ont pas été repris (31) ou ont été abandonnés en appel. Ainsi ne sont pas recevables les moyens touchant à l'irrégularité de la procédure de première instance non soumis à la juridiction d'appel (32) ou ceux tirés de l'irrégularité de la procédure en appel qui auraient pu être invoqués devant la juridiction d'appel (33) ; il s'agit dans ce dernier cas de moyens de régularité externe et non de régularité interne de la décision juridictionnelle d'appel.

Dans l'affaire *ADARC*, la cour administrative d'appel avait examiné, pour le rejeter, le moyen

tiré de la responsabilité du fait des lois. Faute d'être considéré comme d'ordre public, si le moyen n'avait pas été invoqué en appel, il aurait été irrecevable en cassation en raison de sa nouveauté, mettant ainsi en échec l'application de la jurisprudence *Intercopie* (34).

#### La mutation des moyens d'ordre public

L'arrêt est surtout intéressant par les perspectives qu'il ouvre sur les moyens d'ordre public en cassation. Les moyens d'ordre public (35), comme, par nature, les moyens « nés de la décision attaquée » selon les termes de l'article 619 du nouveau code de procédure civile, c'est-à-dire ceux tirés des irrégularités entachant la décision juridictionnelle, constituent des exceptions à la règle (36) selon laquelle on ne peut présenter de moyens nouveaux en cassation (37). Ils sont recevables à l'initiative des parties devant le Conseil d'Etat, alors même qu'ils n'ont pas été invoqués précédemment, ou sont soulevés d'office par le juge. Certains moyens, telle la responsabilité sans faute, n'intéressent qu'un type de contentieux. Les autres ont une portée générale (38). On peut classer ces derniers en quatre catégories : l'incompétence - de la juridiction du fond ou de l'auteur de la décision administrative contestée -, les moyens tirés du champ d'application de la loi (39), ceux tirés de l'autorité absolue de la chose jugée (40) et certaines irrégularités de procédure (41). Les trois premières catégories concernent les règles de droit applicables au fond. Les moyens d'ordre public sont moins nombreux devant le juge de cassation que devant les juges du fond (42) pour des raisons tenant à la fonction du juge. Le professeur Chapus évoque « la déperdition d'énergie qui affecte les moyens d'ordre public devant la juridiction de cassation » (43).

Le phénomène n'est pas nouveau mais l'arrêt du 30 juillet 2003, en refusant, à l'inverse de la jurisprudence traditionnelle, la qualité de moyen d'ordre public à la responsabilité sans faute, accentue ce déclin. On peut néanmoins s'interroger sur la portée de cette décision.

A - La fonction du juge de cassation consistant à juger la décision qui lui est soumise au regard de moyens de droit explique la déperdition des moyens d'ordre public en cassation.

Le juge de cassation se heurte au principe général qu'un juge administratif ne peut, en l'absence de demande en ce sens, relever d'office un moyen que si celui-ci ressort des pièces du dossier qui lui est soumis (44), sauf à ordonner une mesure d'instruction s'il résulte du dossier une présomption quant à l'existence de ce moyen (45). Le juge de cassation censure la décision rendue au vu des éléments dont disposait le juge du fond ; il s'assure « que les juges du fond ont correctement appliqué aux faits qui leur étaient soumis les règles de droit adéquates, compte tenu des pièces dont ceux-ci disposaient au dossier... (mais il) n'a pas à porter une nouvelle appréciation d'ensemble sur le litige qui lui est soumis » (46). Cette règle, qui s'applique également devant la Cour de cassation (47), est un élément du refus d'examiner en cassation des moyens nouveaux.

Le Conseil d'Etat ne se reconnaît de ce fait pas la possibilité de soulever d'office un moyen dont il ressort des pièces du dossier soumis à son appréciation que le juge d'appel n'était pas à même de l'examiner (48) et ne relève d'office que les moyens dont le bien-fondé ressort des pièces du dossier d'appel (49). La jurisprudence récente en offre des exemples. Le moyen tiré de ce qu'une personne publique ne peut jamais être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas n'est pas soulevé d'office en cassation lorsqu'aucune pièce du dossier soumis au juge du fond ne lui permettait de savoir qu'en l'espèce le préjudice avait déjà été indemnisé par le juge judiciaire (50). Mais si le dossier soumis au juge d'appel lui permettait de déceler l'absence de préjudice, donc l'absence d'obligation de réparation, le juge relèverait le moyen d'ordre public en cassation (51).

Cependant la question de l'information du juge du fond peut prêter à interprétation. Le Conseil d'Etat considère que le Conseil national d'un ordre professionnel commet une erreur de droit en omettant de censurer le défaut d'impartialité objective d'une juridiction ordinaire régionale, alors même que l'irrégularité de la composition ne ressortait pas des mentions de la décision attaquée. Il considère en effet que les conseils nationaux des ordres professionnels sont tenus de vérifier d'office si la composition des conseils régionaux n'est pas contraire au principe d'impartialité objective de la juridiction (52).

Il résulte du refus d'examiner un moyen qui ne ressortait pas des pièces du dossier que le juge de cassation ne peut ordonner aucune mesure d'instruction au sujet de pièces nouvelles<sup>(53)</sup>, « toute production utile de pièces nouvelles est exclue, qu'elles se rapportent à la procédure suivie ou au bien-fondé des prétentions des parties »<sup>(54)</sup>. Le Conseil d'Etat veille très strictement à cette règle<sup>(55)</sup>, liée à l'office du juge de cassation. Il n'y apporte d'assouplissements que dans l'hypothèse très particulière<sup>(56)</sup> où le juge d'appel est délié de son obligation de communiquer aux parties les moyens d'ordre public, dans le dessein de permettre au justiciable de se défendre<sup>(57)</sup>.

Le moyen d'ordre public n'est pas recevable en cassation s'il se rattache à des conclusions qui n'ont pas été soumises au juge du fond<sup>(58)</sup> car les conclusions nouvelles ne sont pas recevables en cassation. Le juge ne peut se prononcer sur une question non débattue devant le juge du fond car il statuerait sur des conclusions qu'il ne lui appartient pas de connaître directement même si elles sont la conséquence d'un moyen d'ordre public<sup>(59)</sup>.

La recevabilité des seuls moyens de droit, à l'exclusion des moyens de fait, vient également réduire la place des moyens d'ordre public en cassation. Le Conseil d'Etat a rejoint la formulation de la Cour de cassation en jugeant qu'un moyen d'ordre public n'est recevable en cassation que s'il n'impose aucune appréciation des faits<sup>(60)</sup>. Le plein contentieux est le domaine des droits subjectifs et les moyens invoqués y sont le plus souvent teintés de fait, ce qui pourrait y expliquer un déclin des moyens d'ordre public. La diminution des moyens d'ordre public en cassation se fait d'autant plus sentir dans le plein contentieux qu'ils y ont en tout état de cause une place restreinte car l'ordre public est moins contraignant dans les contentieux subjectifs. Le contentieux de l'excès de pouvoir est le domaine d'élection des moyens d'ordre public devant les juges du fond<sup>(61)</sup>. Il l'est a fortiori devant le juge de cassation, du fait de la parenté des deux recours.

Toutefois, dans l'arrêt *ADARC*, le Conseil d'Etat ne se heurtait pas à un de ces obstacles qui aurait justifié qu'il ne relevât pas le caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute. Les juges du fond étaient informés par les pièces du dossier et le moyen de la responsabilité sans faute, bien que propre au contentieux de pleine juridiction, se présentait comme un moyen de pur droit.

B - L'arrêt *ADARC* innove en effet par rapport à la jurisprudence antérieure qui paraissait reconnaître en toute hypothèse que la responsabilité sans faute était d'ordre public dès lors qu'elle ressortait des pièces du dossier.

Il est de jurisprudence constante que, devant les juges du fond, la responsabilité sans faute<sup>(62)</sup>, à l'inverse de la responsabilité pour faute, est d'ordre public<sup>(63)</sup>. Il semblait en être de même en cassation. C'était au demeurant l'analyse de la sous-section d'instruction qui avait informé le requérant de ce qu'un moyen d'ordre public était susceptible d'être relevé. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Consorts N'Guyen*<sup>(64)</sup>, le commissaire du gouvernement S. Daël indiquait que la responsabilité sans faute « est d'ordre public et doit être soulevée d'office dès lors du moins que les pièces du dossier soumis au juge du fond permettent et donc font obligation à ceux-ci de soulever le moyen » et le Conseil d'Etat a censuré l'arrêt de la cour administrative d'appel, qui s'était placée sur le seul terrain de la responsabilité pour faute. Dans l'arrêt *Epoux Kress*<sup>(65)</sup>, les requérants, qui avaient soutenu devant les juges du fond la responsabilité pour faute de la puissance publique, s'étaient placés, pour la première fois en cassation, sur le terrain de la responsabilité sans faute. Le Conseil d'Etat en examinant le moyen sans en faire ressortir la nouveauté reconnaît implicitement qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public. De même, dans l'arrêt *Foucher*<sup>(66)</sup>, le Conseil d'Etat a admis en cassation le moyen nouveau tiré de la responsabilité sans faute du fait des attroupements et a annulé l'arrêt de la cour administrative d'appel qui avait « implicitement mais nécessairement écarté le moyen d'ordre public tiré de l'existence d'une responsabilité sans faute de l'Etat »<sup>(67)</sup>. Dans l'arrêt *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Marzouk*, rendu quelques jours avant l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat a substitué à la responsabilité pour faute présumée retenue par la cour administrative d'appel la responsabilité pour risque du fait des produits et appareils de santé défectueux utilisés à l'hôpital<sup>(68)</sup>.

L'arrêt *ADARC*, à l'inverse de ces arrêts, dénie implicitement à la responsabilité sans faute le caractère d'ordre public. Ce revirement tient à l'analyse que l'on peut faire de l'erreur de la cour. En écartant à tort ce moyen, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. Mais le moyen n'est pas en lui-même d'ordre public, même si l'erreur porte sur un moyen d'ordre public (69). Le moyen qui était d'ordre public devant les juges du fond devient une simple erreur de droit car l'arrêt contrôlé fait en quelque sorte « écran » pour le juge de cassation en modifiant les termes du problème juridique posé. A la question de responsabilité, qui était celle dont les juges du fond étaient saisis, se substitue la question de la légalité de la décision juridictionnelle. Le juge de cassation a pour seule mission de contrôler l'arrêt d'appel. N'étant pas juge du fond, il n'est pas juge de la responsabilité et si ni les parties ni les juges du fond n'ont soulevé un moyen de responsabilité, on peut comprendre que son rôle ne soit pas de se substituer à eux.

On peut, dans le même sens, observer que, dans plusieurs arrêts récents, le Conseil d'Etat a considéré qu'en ne relevant pas d'office un moyen tiré de la composition irrégulière des juridictions de première instance les juridictions d'appel avaient entaché leurs décisions « d'erreur de droit », ce qui semble implicitement signifier que ce moyen, d'ordre public en appel, perd cette qualité en cassation (70).

Cette analyse pourrait être étendue à tous les moyens d'ordre public devant le juge du fond (71) et notamment à l'incompétence, premier et longtemps seul moyen d'ordre public (72). Le fait pour une juridiction administrative de ne pas relever l'incompétence de l'auteur d'un acte administratif constitue également une erreur de droit. On a cependant toujours considéré que l'incompétence était d'ordre public devant toutes les juridictions ; remettre en cause cette solution traditionnelle, réaffirmée dans un arrêt de cassation récent (73), aboutirait non à une déperdition des moyens d'ordre public en cassation, mais à leur disparition au moins pour ceux concernant le bien-fondé de la décision juridictionnelle. Ne seraient plus susceptibles d'avoir ce caractère que les moyens relatifs à la régularité externe de la décision, moyens nouveaux qui ne peuvent être soulevés qu'en cassation et à l'égard desquels aucun contrôle n'a pu être exercé auparavant. Il y aurait alors une dissociation complète des moyens d'ordre public qui différencieraient devant les juges du fond et en cassation (74), ce qui se justifierait par la spécificité de l'office du juge de cassation qui n'est ni un juge du plein contentieux ni un juge de l'excès de pouvoir. Le moyen d'ordre public n'aurait alors plus qu'une fonction procédurale, dissociée de la notion d'ordre public (75). Mais celle-ci, par essence absolue, se prête mal à une approche relative, variable selon la juridiction compétente.

On serait loin de la portée que donnait le président Odent aux moyens d'ordre public : les juges du fond « avaient, en effet, le devoir de les examiner d'office et la même obligation incombe au juge de cassation lui-même » (76). On a justifié la réduction des moyens d'ordre public en cassation par l'office du juge à ce stade de la procédure, mais il faut observer que la Cour de cassation, qui a la faculté plus large de soulever d'office tous les moyens de pur droit, n'hésite pas à le faire. On peut ajouter qu'il pourrait au contraire sembler conforme à son rôle de régulateur suprême de l'ordre juridictionnel administratif que le Conseil d'Etat admette largement en cassation qu'un moyen est d'ordre public. D'autant plus que leur définition serait plutôt *a priori* de nature à y renforcer leur rôle. Ce sont, d'après le président Odent, des moyens relatifs « 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 » (77). Ou encore, pour reprendre la définition de C. Debbasch et J.-C. Ricci (78), « un moyen qui touche à la violation d'une règle si fondamentale et si essentielle d'un système juridique que celui-ci serait mis en péril par la généralisation d'une telle violation. Il importe non seulement que le juge le relève, faute de quoi il ne serait plus « diseur du droit », mais encore qu'aucune règle de délai ou de procédure ne puisse l'empêcher d'ainsi faire ». On ajoutera que les récentes dispositions du décret du 24 juin 2003 (79) donnant aux tribunaux administratifs, dans certaines affaires, la qualité de juge de premier et dernier ressort ne nous semblent pas aller dans le sens d'une disparition des moyens d'ordre public en cassation.

C- Cette « déperdition d'énergie » qui affecte les moyens d'ordre public en cassation, en dépit des règles fondamentales dont ils assurent le respect, doit être mesurée. Bien que cela ne ressorte pas de la lecture de l'arrêt, il semble, d'après les chroniqueurs de l'arrêt à l'*AJDA*, que le refus ne concerne pas la responsabilité sans faute en général<sup>(80)</sup>, mais qu'il tienne à des raisons propres à l'espèce. Ils précisent en effet que c'est « en l'espèce » que la responsabilité sans faute n'est pas un moyen d'ordre public et que la portée de cette évolution jurisprudentielle « ne signifie pas que le moyen tiré de la responsabilité sans faute perdrait son caractère d'ordre public en cassation ». On peut s'interroger sur ces motifs propres à l'espèce.

Le moyen avait été invoqué tardivement par l'association requérante. On pourrait concevoir que les moyens d'ordre public invoqués par les parties et ceux relevés d'office par le juge constituent deux catégories distinctes. Il pourrait y avoir à cela des justifications pratiques car la recevabilité du moyen invoqué par les parties pour la première fois en cassation ou après l'expiration du délai de pourvoi peut être admise sur d'autres terrains que sur celui de son caractère d'ordre public.

Si on élimine le présupposé que le moyen d'ordre public doit nécessairement être examiné prioritairement, la jurisprudence Intercopie permet d'admettre aisément la recevabilité d'un moyen tardif, à condition qu'il ait été invoqué en appel, dès lors que la notion de légalité interne est très extensive en cassation. L'arrêt *ADARC* en est une illustration.

Par ailleurs l'analyse de l'arrêt *Foucher* aux tables du *Recueil Lebon*<sup>(81)</sup> suggère que dès lors que le Conseil d'Etat, même à tort, informe les parties qu'un moyen d'ordre public est susceptible d'être relevé d'office, celles-ci sont recevables à l'invoquer tardivement en cassation. L'erreur de la sous-section d'instruction couvre ainsi la nouveauté et la tardiveté du moyen et le rend recevable. Il acquiert de ce fait, à l'égard des parties, un effet analogue au moyen d'ordre public, dans la mesure du moins où la partie intéressée invoque le moyen et non si elle attend que le juge le relève. Dans ces conditions la communication erronée risque de favoriser une partie au détriment de l'autre. Cet effet implique de communiquer avec circonspection le moyen susceptible d'être relevé et de ne le faire qu'en cas de quasi-certitude.

Enfin on pourrait dire que le moyen d'ordre public au regard des juges du fond est recevable en cassation même si les parties ne l'ont pas invoqué auparavant dans la mesure où l'omission du juge est « révélée » par la décision d'appel. Les juges du fond, en s'abstenant de relever le moyen, ont commis une erreur de droit qui n'apparaît que lorsque l'arrêt est rendu. Les parties sont dès lors recevables à l'invoquer pour la première fois en cassation sans qu'il soit nécessaire de lui conférer la qualité de moyen d'ordre public. On peut interpréter ainsi les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat admet la recevabilité du moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la juridiction de première instance qui n'a pas été relevé d'office par la juridiction d'appel et n'a pas été soulevé par les parties avant le stade de la cassation<sup>(82)</sup>. Les juges du fond ayant l'obligation de relever d'office un moyen d'ordre public, la lecture de la décision d'appel révèle l'erreur de droit commise par les juges du fond, erreur qui peut être invoquée pour la première fois en cassation.

A l'encontre de ce dédoublement, on peut cependant observer que le moyen d'ordre public a toujours fait l'objet d'une analyse identique qu'il soit relevé d'office ou soulevé par les parties et que la notion même d'ordre public paraît mal se prêter à cette dichotomie.

Une autre particularité de l'affaire tient à ce que la question de la responsabilité sans faute avait été débattue devant la cour administrative d'appel qui avait rejeté expressément le moyen<sup>(83)</sup>. Les chroniqueurs de l'*AJDA* précisent que la décision doit être « 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 par lui-même d'ordre public ». Ce qui semble signifier *a contrario* que le moyen pourrait conserver sa qualité de moyen d'ordre public s'il n'avait pas été expressément, mais seulement implicitement écarté.

Ils poursuivent : « 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 l'erreur de droit qu'à autre chose ». Cependant, que le juge, s'étant placé sur le terrain de la responsabilité sans faute, l'ait écarté implicitement ou explicitement, l'erreur nous semble de même nature. Le juge n'est tenu de répondre explicitement qu'aux moyens invoqués par les parties (84) et il a toujours été admis qu'il pouvait écartier un moyen d'ordre public par préterition s'il n'avait pas été soulevé devant lui, ce qui explique d'ailleurs la difficulté d'identifier ces moyens. « Dès lors que les requérants n'ont pas demandé devant les juges du fond la condamnation de l'Etat sur le terrain de la responsabilité sans faute, et qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les conditions d'une telle responsabilité aient été réunies, une cour administrative d'appel n'est pas tenue de se prononcer expressément sur l'existence d'une responsabilité sans faute de l'Etat » (85) et elle ne commet donc pas « d'erreur de droit dès lors qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que les conditions de mise en jeu d'une telle responsabilité n'étaient pas réunies » (86).

On pourrait distinguer entre l'erreur sur l'appréciation de la responsabilité et celle qui affecte son fondement et considérer que le fait d'écartier implicitement par erreur un moyen en se plaçant sur le bon terrain ou de se placer sur un mauvais terrain en omettant d'examiner le bon ne sont pas des erreurs de même nature. Mais le silence du juge au sujet d'un moyen d'ordre public n'est jamais considéré comme une omission de sa part. Cette fiction, bien qu'elle soit critiquée par certains commissaires du gouvernement (87), est fortement ancrée. Lorsque les juges du fond ne relèvent pas un moyen d'ordre public qui ressort du dossier, ils sont censés l'avoir implicitement mais nécessairement écarté (88).

La situation des parties n'est cependant pas identique dans les deux cas. Si le requérant ne reprend pas en cassation ses arguments qui ont été explicitement écartés par le juge d'appel, il le fait en pleine connaissance de cause et les abandonne délibérément. Au contraire si le moyen n'a jamais été débattu, ce peut être du fait de l'ignorance de la partie qui ne l'a pas soutenu et qui n'a pas été informée par le juge d'appel puisqu'il ne l'a exclue qu'implicitement. Dans un cas les parties ont nécessairement connaissance du raisonnement du juge et étaient donc à même d'y répondre ; dans l'autre elles peuvent l'ignorer. Si elles se sont abstenues délibérément de reprendre le moyen en cassation on peut considérer, surtout en plein contentieux, que le juge n'a pas à se substituer à elles dès lors que la question a été examinée au fond. On peut rapprocher cette solution du fait que lorsqu'un requérant n'a pas contesté une irrecevabilité qui lui a été opposée à tort en première instance, il n'est plus à même de le faire en cassation (89), ou encore de ce que le juge n'est pas obligé d'inviter le requérant à régulariser une irrecevabilité si celle-ci a été expressément invoquée par le défendeur dans un mémoire communiqué au demandeur (90). Dans ces hypothèses, on considère que les requérants sont pleinement informés des risques encourus par leur requête et qu'ils sont donc maîtres d'en tirer les conséquences. On peut concevoir que le juge estime qu'il n'a pas à se substituer aux parties lorsqu'elles sont éclairées. Dans ce sens, on peut relever que la notion même de moyen d'ordre public soulevé d'office par le juge constitue une entorse au « principe dispositif » et que cela justifie d'en avoir une conception restrictive, notamment dans les contentieux subjectifs. On peut cependant se demander si le respect de l'ordre public et de la légalité ne doit pas prévaloir sur ces considérations procédurales.

Dans le cas particulier de l'arrêt *ADARC*, les transformations en cassation des notions de cause de légalité interne et de moyen d'ordre public ont permis la réalisation d'un équilibre. Le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du moyen présenté tardivement grâce à l'élargissement de la légalité interne qui a servi de contrepoids à la négation du caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute. L'évolution de fond de la jurisprudence vers une plus large ouverture de la responsabilité du fait des lois n'a pas été compromise par des considérations procédurales. Mais cette compensation ne se réalisera pas nécessairement dans toutes les espèces.

Quant aux transformations des notions de cause et de moyen d'ordre public, elles portent sur des notions dont on a toujours relevé l'absence de rigueur. Leur double visage (91), au regard des juridictions du fond et du juge de cassation, ne contribue pas à les clarifier, sinon

pour confirmer leur caractère de notions fonctionnelles.

On peut relever que cet arrêt s'inscrit dans un mouvement de redéfinition par le Conseil d'Etat des rôles respectifs des différentes juridictions administratives (92), induit par la réforme du contentieux administratif. La jurisprudence future ne manquera sûrement pas d'apporter des réponses dans ces domaines actuellement plus riches en interrogations qu'en certitudes.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE \* Responsabilité du fait des lois \* Environnement \* Espèce protégée \* Dégât aux cultures

NATURE ET ENVIRONNEMENT \* Protection de la faune et de la flore \* Espèce protégée \* Dégât aux cultures \* Responsabilité

PROCEDURE CONTENTIEUSE \* Cassation \* Erreur de droit \* Pouvoir du juge \* Moyen d'ordre public

(1) Outre l'arrêt *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette* (CE, 21 janv. 1938, Lebon p. 25), les arrêts *Caucheteux* et *Desmots* (CE, 21 janv. 1944, Lebon p. 22) et *Ministre de l'Intérieur c/ Bovero* (CE, 25 janv. 1964, Lebon p. 53) au sujet d'une ordonnance.

(2) Alors que le commissaire du gouvernement, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, proposait de régler l'affaire au fond, le Conseil d'Etat a renvoyé le jugement de l'affaire à la Cour administrative d'appel de Bordeaux.

(3) V. sur cet aspect de la décision les conclusions de M. Lamy p. 144 et la note de P. Bon, p. 151.

(4) CE, 4 mars 1991, *Bente*, cité par M. Lamy ; 29 juill. 1994, *Le Beuf*, Lebon p. 1052 ; 21 janv. 1998, *Plan*, Lebon p. 19 ; RFDA 1998, p. 565, note P. Bon ; 15 janv. 1999, *Ministre de l'Environnement c/ Benoit* cité par M. Lamy.

(5) V. sur ces aspects, F. Donnat et D. Casas dans leur chronique, AJDA 2003, p. 1815.

(6) CE, Sect., 20 févr. 1953, *Société Intercopie*, Lebon p. 88 ; S 1953, 3, p. 77, note M. L.

(7) CE, 6 janv. 1928, *Grainetier*, Lebon p. 28 ; 29 nov. 1974, *Epoux Gevrey*, Lebon p. 599, concl. Bertrand ; AJDA 1975, p. 476, obs. A de L.

(8) Il suit, dans cet examen des différents moyens d'ordre public, un ordre préétabli qui diffère entre la première instance et l'appel (V. J.-L. Rey, Les moyens d'ordre public en appel, AJDA 2003, p. 118).

(9) Il n'est pas nécessaire devant la Cour de cassation de motiver le pourvoi dès son dépôt. Le requérant dispose en principe d'un délai de 5 mois pour présenter ses moyens de cassation mais à l'expiration de ce délai sa demande est totalement figée car la conception souple des deux causes de la demande est propre au Conseil d'Etat (V. A. Damien et J. Boré, Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile, RFDA 1990, p. 777).

(10) V. notamment R. Chapus, De l'office du juge ; contentieux administratif et nouvelle procédure civile, EDCE 1977-1978, § 399 ; C. Debbasch, Procédure administrative contentieuse et procédure civile, LGDJ, 1962, p. 34 et 95 ; R. Odent, Contentieux administratif, Les Cours de droit, p. 1092.

(11) P. Azard, L'immutabilité de la demande en droit judiciaire, thèse Paris, 1936, p. 25 ; Auby et Drago, Traité de contentieux administratif, § 714 ; F. Colly, Aspects de la notion de cause juridique de la demande en justice dans le contentieux administratif de pleine juridiction, RFDA 1987, p. 786 ; J. Kahn, concl. sur CE, 23 mars 1956, D. Ginestet, AJDA 1956, p. 164 ; J.-P. Gilli, La cause juridique de la demande en justice, LGDJ, 1962, p. 93 ; J. Moreau, La cause de la demande en justice dans le contentieux de la responsabilité

administrative extracontractuelle, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 77.

(12) CE, Sect., 20 févr. 1953, *Société Intercopie*, Lebon p. 88 ; S. 1953, 3, p. 77, note M.-L. V. pour des applications récentes en cassation 2 mars 1990, *Deplus*, Lebon p. 55 ; 7 déc. 1994, *Tournier*, Lebon p. 540 ; 27 mars 1995, *Courteille*, n° 128528 ; 9 avr. 1999, *Rhein*, n° 115136 ; 28 juill. 2000, *Commune de Port-Vendres*, Lebon p. 360.

(13) Le Conseil d'Etat a transposé la jurisprudence *Intercopie* au recours pour excès de pouvoir dans l'arrêt d'Assemblée du 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François*, Lebon p. 482.

(14) On trouve l'origine de cette classification dans la présentation par F. Gazier des cas d'ouvertures du recours pour excès de pouvoir, EDCE 1951, p. 77.

(15) CE, 16 mai 1924, *Jourda de Vaux*, Lebon p. 483.

(16) V. F. Colly, préc. et J. Moreau, préc.

(17) La notion de cause n'est pas non plus exactement la même devant le juge de première instance et celui d'appel : « Peut on dire que le raisonnement qui tend à démontrer que le tribunal a commis une erreur en écartant un moyen est le même que celui sur lequel était fondé ce moyen ? N'y a-t-il pas que deux raisonnements possibles en appel, donc deux causes juridiques spécifiques à l'appel, l'une relative à la régularité du jugement, l'autre à son bien-fondé ? ». (D. Giltard, Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel, AJDA 2003, p. 1801). Les causes en appel seraient alors proches des causes en cassation, ce qui s'explique par l'évolution du juge d'appel « juge du jugement » plus que « juge du litige ». V. également J.-L. Rey, Les moyens d'ordre public en appel, AJDA 2003, p. 118, préc. note (8).

(18) Ass. 10 févr. 1961, *Ministre de l'Intérieur c/ Chauche*, Lebon p. 108 ; 14 mars 1962, *Compagnie d'assurances Le Phénix Accidents*, Lebon p. 169 ; 25 oct. 1967, *Ville d'Antibes*, Lebon p. 906 ; 7 nov. 1969, *Agussol*, Lebon p. 482.

(19) V. par exemple CE, 28 juill. 2000, *Commune de Port-Vendres*, préc.

(20) Il faut inclure dans le vice de forme l'insuffisance de motivation de la décision juridictionnelle ( CE, 28 juill. 2000, *Commune de Port-Vendres*, préc.) alors que la contradiction de motif est un moyen de légalité interne car elle touche au raisonnement du juge. En effet le Conseil d'Etat, qui classait autrefois la contradiction de motif dans la légalité externe (CE, 9 mars 1960, *Jourdan*, Lebon p. 189), l'analyse désormais comme une illégalité interne (CE, 10 juin 1994, *SA Les grands travaux de Franche-Comté*, Lebon p. 316) puisqu'elle touche « au raisonnement suivi par les juges du fond pour parvenir à leurs conclusions ».

(21) B. Pacteau, *Contentieux administratif*, 6<sup>e</sup> éd., n° 370, PUF.

(22) Pour une critique de la jurisprudence *Intercopie*, concl. Kolbert sur TA Lyon, 9 déc. 1998, AJDA 1999, p. 448.

(23) On retrouve une modification analogue des moyens dans l'exception d'illégalité « Les exceptions tirées de l'illégalité externe d'une décision, et invoquées à l'appui du recours formé contre une autre décision, sont considérées (si elles sont fondées), comme viciant cette décision dans sa légalité interne » (R. Chapus, *Contentieux administratif*, 10<sup>e</sup> éd., n° 914-2°). Par exemple CE, 22 mars 1978, *Groupeement foncier et agricole des Cinq Ponts*, Lebon p. 918 ; 6 janv. 1989, *Simard*, Lebon p. 871 ; 10 juill. 1995, *Commune de La Tremblade*, Lebon p. 996 ; Dr. adm. 1995, n° 628, obs. Toutée : « Bien que cette exception se fonde sur l'irrégularité de la procédure de retrait de l'agrément, elle constitue un moyen de légalité interne ».

(24) Cependant, dans son arrêt *Commune de Port-Vendres* (préc.), le Conseil d'Etat précise

que « dans son pourvoi, (la commune de Port-Vendres) n'a présenté, à l'encontre de l'arrêt attaqué que des moyens se rattachant à la légalité interne de la décision de lotir », ce qui peut laisser penser que subsiste, en cassation, la distinction entre légalité interne et externe de la décision administrative contestée.

(25) CE, 27 juin 1919, *Viallat*, Lebon p. 561 ; 26 déc. 1926, *V<sup>ve</sup> Bucquet*, Lebon p. 1190 ; 6 mai 1925, *Gilbert*, Lebon p. 437 ; 10 juill. 1954, *Société Neptune*, Lebon p. 476 ; 15 déc. 1965, *Ville de Calais*, Lebon p. 692 ; 8 févr. 1980, *Maugard*, Lebon p. 74 ; 17 janv. 1994, *SA Foster Wheeler Française*, Lebon p. 907  ; 26 janv. 1994, *Panas*, Lebon p. 32  ; 16 janv. 1995, *SARL CIPA*, Lebon p. 35  ; 30 juin 1999, *Granata* .

(26) L'article 619 du nouveau code de procédure civile, reprenant une jurisprudence traditionnelle (Cass., 23 nov. 1852, DP 1852, 1, p. 324), dispose « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation » ; V. sur la question J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action 2003, n° 82 01 et s ; J. Voulet, *L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile*, JCP 1973, 1, n° 2544. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette règle n'était pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 29 août 2000, *Jahnke et Lenoble*, JCP 2000, II, n° 10435, note A. Perdriau).

(27) Obs. Sous CE, 13 févr. 1991, *Scotto*, Lebon p. 56  ; EDCE 1991, p. 167.

(28) CE, 30 nov. 1956, *Société des ateliers de construction et chaudronnerie*, Lebon p. 454 ; Ass., 22 juin 1962, *Guillaume*, Lebon p. 416 ; 6 déc. 1974, *Rondot*, Lebon p. 618 ; 15 avr. 1996, *Devoto*, Lebon p. 1130  ; Dr. adm. 1996, n° 329, obs. D. P. ; 15 oct. 1999, *Epoux Chatin*  , Dr. adm. 2000, n° 41, obs. L. T.

(29) CE, Sect., 18 mars 1994, *Cohen*, Lebon p. 149 ; AJDA 1994, p. 753, note G. Darcy  ; RFDA 1995, p. 664, obs. D. Kessler .

(30) CE, 10 déc. 1924, *Dufour et cie*, Lebon p. 993 ; 20 févr. 1991, *Scotto*, Lebon p. 56, préc. note (27) ; RD publ. 1992, p. 556 ; RFDA 1992, p. 371  ; EDCE 1991, p. 167 ; 27 févr. 1998, *Epoux Dassonville*, Lebon p. 1134 .

(31) L'effet dévolutif ne joue pas pour les moyens invoqués en première instance « qui ont été expressément rejetés par le jugement attaqué et qui ne sont pas repris en appel » (CE, 28 janv. 1987, *Association Comité de défense des espaces verts*, Lebon p. 20 ; 21 juin 1999, *Banque populaire Bretagne-Atlantique*, Lebon p. 206  ; RFDA 1999, p. 874).

(32) CE, 26 févr. 1958, *Cayro*, Lebon p. 129 ; Sect., 7 avr. 1967, *Koster*, Lebon p. 151 ; 11 févr. 1980, *Roujanski*, Lebon p. 11 ; 8 déc. 1995, *Société Sogéa*, Lebon p. 434 .

(33) CE, 9 janv. 1952, *Sanisart*, Lebon p. 21 ; 13 déc. 1993, *Tshisuaka*, Lebon p. 984  ; Sect., 5 juill. 2000, *Rochard*, Lebon p. 298  ; AJDA 2000, p. 675, chron. Guyomar et Collin .

(34) Sauf à considérer que, dès lors qu'on avait averti les parties qu'un moyen d'ordre public était susceptible d'être relevé, même si c'était à tort, le moyen aurait été recevable (V. note n° 67).

(35) Sur les moyens d'ordre public : C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980 ; J.-P. Jacqué, *Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France*, Mélanges Stanissopoulos, LGDJ, 1974, p. 229 ; J.-L. Pissaloux, *Réflexion sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, RD publ. 1999, p. 781 ; J.-H. Stahl, *Moyens et conclusions*, JCA fasc. n° 1086.

(36) Devant la Cour de cassation il est possible d'invoquer pour la première fois des moyens de pur droit, même s'ils ne sont pas d'ordre public : « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation. Peuvent néanmoins être invoqués pour la première

fois sauf disposition contraire 1° les moyens de pur droit, 2° Les moyens nés de la décision attaquée » (art. 619 NCPC) . Le juge « peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties » (art. 12 NCPC).

(37) « Le principe, ancien et solidement ancré, de l'irrecevabilité des moyens nouveaux signifie que le pourvoi en cassation ne peut que contester la réponse apportée par le juge du fond aux moyens en demande ou en défense dont il a été saisi (ou dont il aurait dû se saisir d'office), sans soulever pour la première fois une question de fait ou de droit sur laquelle il n'avait pas à se prononcer, parce qu'elle ne lui était pas soumise par les parties et qu'il n'était pas tenu de la soulever d'office. Il en résulte que ne sont pas nouveaux les moyens que le juge de cassation doit examiner d'office car ils ont le caractère de moyens d'ordre public » (Y. Robineau, Jurisclasseur code de justice administrative, fasc 80-23, n° 12.

(38) R. Chapus Droit du contentieux administratif, 10<sup>e</sup> éd., n° 932 et s.

(39) Il s'agit-là d'une originalité du contentieux administratif par rapport au droit civil. V. sur la notion concl. A. Bernard sur CE, Sect., 21 mars 1958, *Deltell*, Lebon p. 189 et sur la conception stricte de cette notion la chronique F. Donnat et P. Casas sous CE, Ass., 6 déc. 2002, *Maciolak*, AJDA 2003, p. 492 .

(40) V. notamment R. Chapus, préc. n° 1422 et 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° 108.

(41) Sont en général d'ordre public les irrégularités tenant à la recevabilité de la demande qui a saisi les juges du fond, à la méconnaissance du double degré de juridiction, à la composition irrégulière de la juridiction d'appel (CE, 9 mai 1961, *Gianotti*, Lebon p. 346 ; 30 nov. 1994, *SARL ERC*, Lebon p. 1150  ; 19 avr. 2000, *Lambert*, Lebon p. 1195  ; Sect., 5 juill. 2000, *M<sup>me</sup> Rochard*, Lebon p. 298  ; AJDA 2000, p. 675, chron. Guyomar et Collin  ; Ass., 6 avr. 2001, *SA entreprise Razel frères*, RFDA 2001, p. 1299, concl. A. Seban  ; AJDA 2001, p. 456, chron. Guyomar et Collin ) , à la méconnaissance de la règle selon laquelle les affaires disciplinaires doivent être jugées en séance non publique, à ce que la décision du juge électoral a précédé la décision de la commission des comptes de campagne (V. J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl et M. Guyomar, Le Conseil d'Etat juge de cassation, préc. n° 111).

(42) Mais les moyens d'ordre public qui concernent la légalité externe de la décision d'appel sont au contraire propres à la cassation.

(43) R. Chapus, préc. n° 1424.

(44) CE, 14 nov. 1980, *Ministre du Travail et de la Participation c/ Union départementale des syndicats CFDT du Tarn*, Lebon p. 422 : « Considérant qu'en l'absence de toute contestation sur ce point, le tribunal administratif ne pouvait soulever d'office l'incompétence de l'inspecteur du travail pour recevoir la demande d'autorisation de licenciement présentée par les « filatures et tricotages A. Simon » et pour se prononcer sur cette demande que si cette incompétence ressortait des pièces du dossier au vu duquel il statuait ; qu'il ne ressort pas des pièces de ce dossier qu'il en ait été ainsi en l'espèce ; que le ministre est dès lors fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué le tribunal administratif s'est fondé sur l'incompétence de l'inspecteur du travail pour annuler la décision de licenciement de treize salariés par la société».

(45) CE, 18 févr. 1987, *Morel*, RFDA 1988, p. 53, note C. Debouy.

(46) Concl. G. Le Chatelier sur CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, RFDA 1993, p. 67  ; AJDA 1992, p. 695, chron. Maugué et Schwartz .

(47) Req., 12 déc 1871, DP 1872, 1, p. 316, rapp. Rau. V. Boré, La cassation civile, n° 2621 et s.

(48) Le juge d'appel juge également le jugement V. D. Giltard, *Réflexions sur le rôle et les*

méthodes du juge d'appel, AJDA 2003, p. 1801  ; De la même façon que le juge de cassation, il ne soulève pas d'office des moyens que le juge de première instance n'était pas à même d'examiner.

(49) Incompétence (CE, 6 janv. 1928, *Grainetier*, Lebon p. 28), tardiveté de la demande de première instance (CE, 21 oct. 1959, *Korsec*, Lebon p. 533), qualité du signataire de l'appel (CE, 1<sup>er</sup> mars 1972, *Ducreux*, Lebon p. 179), impossibilité pour le juge administratif de condamner une personne à une somme qu'elle ne doit pas (Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, préc. note (46), Lebon p. 268  ; 25 janv. 1995, *Ministre de l'Equipement du Logement et des Transports c/ Commune de Simiane-Collongue*, Lebon p. 40  ) ; irrégularité de la jonction d'affaires disciplinaires par le conseil régional (27 juin 1980, *Torresi*, Lebon p. 854).

(50) CE, Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt*, Lebon p. 262, concl. G. Le Chatelier ; RFDA 1993, p. 71  ; AJDA 1992, p. 650, chron. C Maugué et R. Schwartz  ; CJEG 1993, p. 519, note M. Degoffe ; D 1993, Somm. p. 151, obs. P. Terneyre  ; le commissaire du gouvernement faisait observer que « l'invocation de la jurisprudence *Mergui*, si elle était admise devant le juge de cassation y compris pour des éléments qui n'avaient pas été révélés aux juges du fond, permettrait à l'administration d'invoquer à peu près tous les moyens, aussi bien de droit que de fait, susceptibles d'établir qu'une personne morale de droit public a été condamnée à payer une somme qu'elle ne devait pas ».

(51) CE, 25 janv. 1995, *Ministre de l'Equipement, du Logement et des Transports c/ Commune de Simiane-Collongue*, Dr. adm. 1995, n° 103, obs. M. D. L. : « considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que la réalité du préjudice allégué par la commune était contestable et qu'ainsi la responsabilité de l'Etat pouvait n'être pas engagée ; qu'en s'abstenant de se prononcer sur ce point, que le ministre avait d'ailleurs relevé devant le Tribunal administratif de Marseille, la cour administrative d'appel a méconnu l'étendue de ses obligations ».

(52) CE, 29 mai 2002, *Vaillant*, AJDA 2002, p. 1242, concl. D. Chauvaux  ; 30 juill. 2003, *Chatin-Tsai*, AJDA 2003, p. 2045, note J.-P. Markus .

(53) CE, 6 janv. 1928, *Grainetier*, Lebon p. 28 ; 21 oct., *Korsec*, Lebon p. 553 ; 1<sup>er</sup> mars 1972, *Ducreux*, Lebon p. 179.

(54) R. Chapus, Droit du contentieux administratif, n° 1420 ; CE, 4 mars 1964, *Mellinger*, Lebon p. 157 ; 3 juin 1987, *Ousama*, Lebon p. 901 ; 12 mai 1997, *Strbo* , RFDA 1997, p. 884 .

(55) 28 févr. 1996, *Kola Olang Nghoie*, Lebon p. 1130 .

(56) Celle des ordonnances de l'ancien article 9 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (devenu art. R. 222-1 CJA) qui permet au président de la cour administrative d'appel de « rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance », sans avoir à communiquer aux parties le moyen d'ordre public sur lequel il se fonde.

(57) Une partie qui n'a pas été informée de ce qu'un moyen d'ordre public était susceptible d'être relevé d'office est recevable à produire pour la première fois en cassation un document « susceptible d'établir le mal-fondé de la solution retenue d'office, sans communication préalable du moyen d'ordre public par le juge du fond. En juger autrement aboutirait à une impasse pour le justiciable qui ne pourrait pas réellement se défendre devant le juge de cassation, après avoir été dans l'impossibilité de le faire devant le juge d'appel faute de communication du moyen d'ordre public », concl. H. Savoie sur CE, 30 déc. 1998, *Association syndicale du Nevon*, Lebon p. 518 ; RFDA 1999, p. 763  ; V. également du même jour, *Epoux Serot*, Lebon p. 1087 . Cette jurisprudence revient sur la décision du 28 février 1996, *Kola Olang Nghoie*, Lebon p. 1130 .

(58) CE, 5 juill. 1968, *Faure*, Lebon p. 421.

(59) V. R. Odent préc. p. 2072.

(60) CE, 8 janv. 1982, *Devillechaise*, Lebon p. 728.

(61) Cf. sur ces points J.-P. Jacqué, préc. « surtout à propos du contentieux des droits il appartient aux parties de limiter le champ de la contestation et de présenter aux juges les moyens qui justifient leurs prétentions », ce qui fait que les moyens d'ordre public y ont moins leur place que dans un contentieux objectif de pure légalité.

(62) Le caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute est paradoxalement lié à ce qu'elle est un régime d'exception, le droit commun étant la responsabilité pour faute. Lui dénier ce caractère aurait abouti à freiner l'évolution jurisprudentielle tribunaire de la seule demande des parties et n'aurait pas permis au juge de réaliser les évolutions qui lui semblaient souhaitables.

(63) CE, 21 mai 1920, *Colas*, Lebon p. 532 ; 30 nov. 1923, *Couitéas*, Lebon p. 789 ; Sect., 24 juin 1961, *Chevalier*, Lebon p. 431 ; Sect., 29 nov. 1974, *Epoux Gevrey*, Lebon p. 599, concl. Bertrand ; AJDA 1975, p. 479, note A. de L. ; 20 déc. 1974, *Commune de Barjols*, Lebon p. 1161 ; RD publ. 1975, p.536 ; 30 juin 1999, *Foucher*, RFDA 1999, p. 1210, concl. C. Bergeal.

(64) CE, Ass., 26 mai 1995, RFDA 1995, p. 748.

(65) CE, 30 juill. 1997, Lebon p. 308.

(66) CE, 30 juin 1999, RFDA 1999, p. 1210, concl. C. Bergeal, préc. note (63).

(67) L'analyse de l'arrêt aux tables du *Recueil Lebon* introduit cependant un doute. Il semble indiquer que le Conseil d'Etat a admis la recevabilité du moyen présenté pour la première fois en cassation, non parce qu'il était d'ordre public mais parce que le requérant avait été averti que le moyen était susceptible d'être relevé d'office (p. 970) : « 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 soulevé d'office » (sol. impl.).

(68) CE, 9 juill. 2003, *AP-HP c/ Marzouk*, AJDA 2003, p. 1947, note M. Deguerge : « La défaillance du respirateur artificiel engage...la responsabilité de l'AP-HP, même en l'absence de faute de sa part, à réparer le préjudice qui en résulte ; que ce motif, qui est d'ordre public et ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait autre que celles qu'a relevées la cour, doit être substitué au motif retenu par l'arrêt attaqué ». Le Conseil d'Etat fait une application classique de la substitution de motif subordonnée aux deux conditions indiquée dans l'arrêt, d'une part, que le motif qui justifie légalement le dispositif corresponde à un moyen d'ordre public (ou à un moyen invoqué devant les juges du fond), d'autre part, qu'il ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait (Massot et autres préc. n° 116).

(69) Dans ses conclusions sur l'arrêt *Foucher*, M<sup>me</sup> Bergeal posait la question : « Est-ce un moyen d'ordre public que de ne pas retenir un moyen d'ordre public fondé ? Ou une simple erreur de droit que le juge de cassation ne peut soulever d'office et qu'il n'accepterait de censurer que si le moyen était soulevé devant lui ? ». Elle considérait néanmoins qu'il s'agissait d'un moyen d'ordre public et le Conseil d'Etat semble l'avoir suivie en admettant la recevabilité du moyen (CE, 30 juin 1999, *Foucher*, RFDA 1999, p. 1210, concl. C. Bergeal, préc. note 63). V. cependant note n° 67.

(70) CE, Ass., 6 avr. 2001, *SA Entreprise Razel frères et Le Leuch*, RFDA 2001, p. 1219, concl. Seban et p. 1306, note M. Lascombe et X. Vandendriessche ; AJDA 2001, p. 456, chron. Guyomar et Collin (sur la participation du rapporteur au délibéré) : « cons. qu'il résulte de

ce qui précède que la composition de cette formation de jugement était irrégulière ; qu'ainsi que le font valoir les requérants, ce moyen, qui est d'ordre public, devait être relevé d'office par la Cour de comptes ; qu'il suit de là qu'en ne relevant pas que le jugement qui lui était déféré méconnaissait le principe d'impartialité, la Cour a entaché sa décision d'une erreur de droit » ; M. Guyomar et P. Collin font observer au sujet de cet arrêt que « l'erreur de droit que commet le juge du fond à ne pas soulever d'office un moyen d'ordre public n'est pas d'ordre public devant le juge de cassation » (chron. AJDA 2002, p. 455, note 19). Dans le même sens Ass., 6 déc. 2002, *Maciolak*, RFDA 2003, p. 694, concl. P Fombeur ; AJDA 2003, p. 492, chron. F. Donnat et D Casas ; 30 juill. 2003, *M<sup>me</sup> Chatin Tsai*, AJDA 2003, p. 2045, note J.-P. Markus. On pouvait déjà relever une manifestation de la tendance à interpréter strictement les moyens d'ordre public en cassation avec l'arrêt *Commune de Port-Vendres* (CE 28 juill. 2000, Lebon p. 360) dans lequel le Conseil d'Etat a considéré que ne constituait pas un moyen d'ordre public en cassation le fait qu'une cour administrative d'appel ait soulevé d'office un moyen d'ordre public sans en informer préalablement les parties.

(71) Il convient de distinguer également les moyens d'ordre public en première instance et en appel. V. J.-L. Rey, Les moyens d'ordre public en appel, AJDA 2003, p. 118.

(72) R. Alibert voyait dans l'incompétence en 1926 « le seul moyen d'ordre public, c'est-à-dire le seul qui puisse et doive être suppléé par le juge, être par lui soulevé d'office » (Le contrôle juridictionnel de l'administration).

(73) CE, 29 mars 2000, *Pacha*, Lebon p. 1195.

(74) La différence serait particulièrement frappante si, après avoir cassé un arrêt sans relever un moyen d'ordre public omis par la cour administrative d'appel, le Conseil d'Etat jugeait l'affaire au fond et relevait alors d'office le moyen en tant que juge d'appel.

(75) V. dans ce sens la définition du moyen d'ordre public de J.-M. Auby et R. Drago (Traité des recours en matière administrative, Litec 1992 p. 335) : « La notion même d'ordre public se définit plus par ses résultats que par son contenu. On appelle moyen d'ordre public un moyen qui peut être soulevé d'office par le juge, qui peut être soulevé pour la première fois devant le juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai ou qui peut être, pour la première fois, présenté devant le juge d'appel ou de cassation ».

(76) R. Odent, préc. p. 2074 ; il cite à titre d'exemples ; CE, Sect., 28 févr. 1938, *Société Travaux industriels pour l'électricité Trindel*, Lebon p. 263 ; 29 janv. 1964, *Mezergue*, Lebon p. 63 ; Sect., 7 avr. 1967, *Koster*, Lebon p. 151 ; Sect., 17 oct. 1975, *ISDEAU*, Lebon p. 515.

(77) Contentieux administratif, préc. p. 1205.

(78) Contentieux administratif, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., n° 843.

(79) V. S. Boissard, Vers un désencombrement des cours administratives d'appel ?, AJDA 2003, p. 1375 ; B. Pacteau, Le décret du 24 juin 2003 au secours des cours administratives d'appel, RFDA 2003, p. 910.

(80) Les conclusions du commissaire du gouvernement vont plutôt dans le sens de cette interprétation générale car s'il ne fait qu'évoquer la possibilité que le moyen perde cette qualité en cassation, il pose la question dans l'abstrait et non au vu d'éléments propres à l'espèce.

(81) V. note n° 67. Cette analyse remettrait en cause l'interprétation qu'on a donnée de l'arrêt *Foucher* comme étant l'illustration du caractère d'ordre public de la responsabilité sans faute. On en trouve un écho dans les conclusions d'A. Seban sur l'arrêt d'Assemblée du 6 avril 2001, *SA Entreprise Razel Frères et Le Leuch* (préc. note 70) : « Alors même que le juge se serait mépris sur le caractère d'ordre public du moyen, celui-ci doit être regardé comme ayant été régulièrement soulevé par les parties (CE, 30 juin 1999, *Foucher*, préc. note 63, sol.

impl.) » dans une hypothèse où la partie avait invoqué un moyen parce qu'elle avait été informée qu'il était susceptible d'être soulevé d'office.

(82) Arrêts *SA entreprise Razel Frères, Maciolak et Chatin Tsai* cités note n°70. Il est intéressant de noter l'évolution de l'interprétation donnée de certains arrêts. Alors que le président Odent fondait la recevabilité en cassation des moyens invoqués dans les arrêts *Société travaux industriels pour l'électricité Trindel* et *IDEAU* sur leur caractère d'ordre public en cassation (V. note n° 75), le commissaire du gouvernement Seban, dans ses conclusions sur l'arrêt *Entreprise Razel Frères*, cite les mêmes arrêts à l'appui de la recevabilité des moyens invoqués pour la première fois en cassation en dissociant leur recevabilité de leur caractère d'ordre public.

(83) A l'inverse de l'affaire *Foucher* (préc.) dans laquelle les parties n'avaient jamais invoqué le bénéfice de la responsabilité sans faute, ce qui explique que la cour d'appel ne l'avait écartée qu'implicitement.

(84) « Une juridiction est tenue de se prononcer expressément et avec une précision suffisante sur tous les moyens dont elle a été saisie ; en revanche, elle n'a pas à se prononcer sur tous les moyens qui ne sont pas soulevés devant elle, alors même que ceux-ci étant d'ordre public, doivent être examinés d'office ; ces derniers, s'ils ne sont pas accueillis, peuvent dès lors être rejetés sans que soient énoncés les motifs qui justifient ce rejet » (concl. Lasry sur CE, 23 mars 1953, X, D. 1957, Jur. p. 150).

(85) CE, 18 nov. 1994, *Epoux Sauvi*, Lebon p. 503 ; AJDA 1995, p. 253, obs. X. Prétot.

(86) CE, 30 juill. 1997, *Kress*, p. 308, préc.

(87) V. notamment concl. Bertrand sur CE, 29 nov. 1974, *Epoux Gevrey*, Lebon p. 599, en raison des effets qu'elle peut entraîner.

(88) CE, Sect., 29 nov. 1974, *Epoux Gevrey*, Lebon p. 599 ; 30 juill. 1997, *Epoux Kress*, Lebon p. 308, pour la responsabilité sans faute ; 30 juin 1993, *Maitrot*, Lebon p. 612, pour la mise en jeu d'une loi d'amnistie.

(89) Les chroniqueurs de l'*AJDA* rapprochent cette solution de la jurisprudence « 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 janv. 1968, *Szydlo*, Lebon 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 avr. 1996, *Devoto*, Lebon 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 déc. 1987, *Onyemuwa Chikesie*, Lebon p. 891) ».

(90) CE, 28 avr. 1997, *Association des commerçants non sédentaires de Corbeil-Essonnes*, Lebon p. 169 ; D. 1998, Jur. p. 136, note V. Haïm, revenant sur CE, 25 févr. 1987, *Mortet*, Lebon p. 880. Le code de justice administrative a repris sur ce point le décret du 29 mai 1997 : « Lorsque les conclusions sont entachées d'une irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours, la juridiction ne peut les rejeter en relevant d'office cette irrecevabilité qu'après avoir invité leur auteur à les régulariser » (art. R 612-1 CJA).

(91) Et peut être triple si on les distingue en première instance et en appel (D. Giltard, *Réflexion sur le rôle et les méthodes du juge d'appel*, AJDA 2003, p. 1081, préc. note 48), sans oublier la spécificité de la cause (note n° 23) et des moyens d'ordre public dans le recours en appréciation de légalité (CE, Sect., 17 oct. 2003, *Bompard*, Dr. adm. 2003, n° 249, obs. G. L. C.).

(92) Pour l'appel et notamment la spécificité des moyens d'appel C. Bergeal, concl. sur CE, 11 juin 1999, *OPHLM de la ville de Caen*, Lebon p. 175 ; RFDA 2000, p. 331 ; C. Maugué,

concl. sur CE, Sect., 16 mai 2003, *M<sup>lle</sup> Maltseva*, AJDA 2003, p. 1154  ; concl. A. Bonnet sur CAA Lyon, 8 juill. 2003, *Djerdib*, AJDA 2004, p. 39  ; D. Giltard, Réflexion sur le rôle et les méthodes du juge d'appel, préc. note 48. La réflexion n'est pas propre au juge administratif ; G. Canivet, Economie de la justice et procès équitable, JCP 2001, I, n° 361.