

► Avis contentieux et fonction jurisprudentielle

La procédure de l'avis contentieux ne doit pas conduire le Conseil d'Etat à trancher un litige à la place de la juridiction du fond: le Conseil d'Etat a donc refusé de répondre à une question de qualification juridique des faits qui relevait de la juridiction du fond (CE ass. avis 24 oct. 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, n° 187122, RFDA 1998. 61, concl. J. Arrighi de Casanova). En rendant un avis contentieux, le Conseil d'Etat ne remplit pas une fonction juridictionnelle et pourtant l'avis contentieux a une portée jurisprudentielle. Cette affirmation peut sembler paradoxale dans la mesure où, comme son nom l'indique, l'avis n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée et ne lie pas la juridiction du fond. Néanmoins, l'avis est un vecteur de jurisprudence et l'ensemble des avis contentieux offre des apports significatifs au droit public.

L'AVIS CONTENTIEUX, VECTEUR DE JURISPRUDENCE

Quoiqu'il ne constitue pas une véritable décision de justice, l'avis contentieux présente d'autres caractéristiques qui conduisent à l'assimiler, dans une certaine mesure, aux décisions du Conseil d'Etat. L'assimilation résulte d'abord du traitement indifférencié des avis et des arrêts notamment au Lebon (pourant intitulé «Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux [...]» comme le souligne le président Labetoulle, in *Les premières applications de l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987*, RFDA 1989. 896). Plus généralement, les avis contentieux sont mentionnés comme des références jurisprudentielles identiques aux autres; l'avis *Cofiroute* du 6 avril 1990 figure même parmi les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (n° 112497, *GAJA*, 2005, 15^e éd., n° 97; RFDA 1991. 562, note R. Letteron). L'application des règles de la procédure contentieuse (principe du contradictoire, conclusions d'un rapporteur public...) et la compétence des formations contentieuses du Conseil d'Etat pour statuer sur les demandes d'avis contribuent également à réaliser cette assimilation, que la rédaction de l'article R. 222-1 6^e renforce encore.

D'autres caractéristiques des avis contentieux en font des vecteurs particuliers de jurisprudence, qui dépassent peut-être même les décisions (v. D. Pouyaud, préc., p. 353). Leur rédaction pédagogique constitue un premier atout: rédigés sans considérant, suivant une construction permettant d'identifier tour à tour les questions posées et les réponses données, les avis contentieux offrent une lisibilité qui manque parfois aux arrêts. La rapidité avec laquelle interviennent ces avis – l'arti-

cle L. 113-1 fait référence à un délai de trois mois – est également un avantage de cette forme de «jurisprudence immédiate» (B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, PUF, 2008, p. 329). Quant à la publicité des avis contentieux, elle les fait bénéficier d'une diffusion plus grande que les décisions. La publication au Journal officiel, commune pour les avis contentieux, est exceptionnellement employée pour les arrêts (v. le cas particulier de l'arrêt CE 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin et autres*, n° 224055, Lebon 110; JO 6 juin 2002, p. 10119; v. J.-H. Stahl et

L'avis contentieux Préfet de la Côte-d'Or offre une illustration de la portée jurisprudentielle des avis contentieux.

A. Courrèges, La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de M. le président de la section du contentieux, RFDA 2004. 438). Ceci explique également que les avis contentieux soient particulièrement remarquables. Dans l'affaire *Kaourou-Touré* déjà évoquée, le commissaire du gouvernement Marc Heinis invitait précisément la cour administrative d'appel de Bordeaux à utiliser la procédure de l'article 12 en soulignant en particulier la portée pédagogique des avis contentieux publiés au Journal officiel sur l'administration et en faisant part du faible impact d'une décision antérieure de la cour de Paris sur la même question (CAA Bordeaux 26 oct. 1999, *Kaourou-Touré*, préc.).

L'avis contentieux du 10 juin 1996 *Préfet de la Côte-d'Or* offre une illustration de la portée jurisprudentielle des avis contentieux. Il affirme que «l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illegalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat» et ajoute qu'«entachés d'illegalité, de tels contrats de droit public ou, s'agissant de contrats de droit privé, les décisions de les signer ne peuvent être régularisées ultérieurement par la seule transmission au préfet de la délibération du conseil municipal» (CE avis 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, n° 176873, Lebon 198; JO 4 juill. 1996 p. 10114; O. Guillaumont, Application de l'avis du Conseil d'Etat, *Préfet de la Côte-d'Or*, JCP Adm. 2007. 2061; RFDA 1997. 83, note J.-C. Douence). L'apport de cet avis ne constitue pas une nouveauté dans la mesure où l'arrêt *Ville de Millau* du 20 janvier 1989 a déjà affirmé la même règle (CE 20 janv. 1989, *Ville de Millau c/ M. Vincens*, n° 70686, *Marchés publics avr.-mai 1989*, n° 241, p. 12). Cependant, alors que l'arrêt qui le précède n'a donné lieu qu'à une faible diffusion, l'avis de 1996 a fait l'objet d'une

circulaire du ministère de l'intérieur selon Laurent Richer (L. Richer, La Constitution, la loi, le contrat, le juge, D 1997 3) De plus, la portée de cet avis a été limitée par l'adoption d'une validation législative des contrats conclus par les communes ou leurs groupements en matière de gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement (L. 30 déc 2006, n° 2006-1772 sur l'eau et les milieux aquatiques ; O. Guillaumont, Validation législative la loi sur l'eau du 30 décembre 2006 et les contrats publics d'eau et d'assainissement conclus avant l'avis du Conseil d'Etat, *Préfet de la Côte-d'Or*, JCP Adm. 2007 2062) Cette validation est intéressante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle est rendue possible par l'absence d'autorité de la chose jugée de l'avis contentieux (v. B. Pacteau, préc., p. 330). Ensuite, elle révèle le souhait du législateur de contrecarrer – dix ans plus tard – la portée de l'avis de 1996. Une autre validation législative est intervenue depuis, non pour contredire un avis contentieux déjà rendu, mais pour anticiper un tel avis : la loi sur l'immigration de 2007 comporte, en effet, une disposition discutée au Parlement alors que le Conseil d'Etat est déjà saisi de la question par une demande d'avis contentieux (v. CE avis 19 oct 2007, *M. Hammou et M. Benabdelhak*, préc., et l'article 41 de la loi n° 2007-1631 du 20 nov. 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, v. O. Lecuq, AJDA 2008 141, J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, Le contentieux des obligations de quitter le territoire français : bilan d'étape, AJDA 2008 344). Enfin, la disposition de validation de 2006 précise que seuls sont validés les contrats conclus avant le 10 juin 1996, c'est-à-dire avant la date de lecture de l'avis *Préfet de la Côte-d'Or* qui apparaît ainsi comme un véritable point de référence. Sur un sujet très différent, les conclusions de Frédéric Lenica sur l'avis *M^{me} Hoffman-Glemane* du 16 février 2009 (n° 315499, RFDA 2009 316, concl. F. Lenica), relatif à la responsabilité de l'Etat pour les préjudices subis par les victimes de la déportation, proposent de prendre en considération la date de publication de cet avis en tant que point de départ du délai de prescription (v. S.-J. Liéber et D. Botteghi, Les préjudices nés des agissements de l'Etat ayant préjudé à la déportation doivent être regardés comme réparés autant qu'ils pouvaient l'être, AJDA 2009 589). Prendre comme référence la date d'un avis contentieux, qu'il s'agisse de déterminer les effets d'une validation législative ou le point de départ d'un délai de prescription, valorise davantage encore ce qui n'est pourtant pas même une décision de justice.

Enfin, les avis contentieux, comme les décisions du Conseil d'Etat, servent de références jurisprudentielles au point d'éclipser la solution contentieuse finalement adoptée par la juridiction du fond à l'origine de la demande d'avis. En effet, grâce aux termes généraux dans lesquels ils sont rédigés, l'intérêt des avis contentieux dépasse les limites de l'espèce. Ainsi, alors que l'avis contentieux *Société L et P Publicité* du 22 novembre 2000 (n° 223645, AJDA 2001 198, note M.-C. Rouault, RFDA 2001 872, concl. S. Austry) fait référence à la liberté du commerce et de l'industrie, mais également aux règles de la concurrence, le jugement du tribunal administratif de Pau qui l'a suivi, le 16 octobre 2001, et l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 18 février 2003 sont, quant à eux, fondés exclusivement sur

l'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (CAA Bordeaux 18 févr. 2003, n° 01BX02625, AJDA 2003 1232, note P. Quilichini ; S. Bernard, La puissance publique et le droit de la concurrence in B. Lucaszewicz, H. Oberdorff [dir.], *Le juge administratif et l'Europe le dialogue des juges, Actes du colloque du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs*, PUG 2004, p. 187). Sans contredire le contenu de l'avis contentieux, la juridiction du fond peut donc adopter un raisonnement qui s'éloigne de celui tenu par le Conseil d'Etat ; il n'en demeure pas moins que l'avis restera la référence jurisprudentielle en la matière (v. également l'autorité de l'avis pour l'administration, H. Hoepffner, Les avis du Conseil d'Etat, essai de synthèse, RFDA 2009 906). Plus généralement, les apports des avis contentieux font l'objet d'une véritable reconnaissance.

LES APPORTS DES AVIS CONTENTIEUX

La richesse des apports des avis contentieux au droit positif n'est plus à démontrer. La diversité des matières abordées est confirmée par l'observation de la pratique suivie durant ces vingt années. Fiscalité, fonction publique, étrangers, police administrative en général, responsabilité administrative, contrevention de grande voirie, champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels et procédure administrative contentieuse sont autant de sujets qui ont suscité les demandes d'avis les plus nombreuses

Les avis contentieux ont, en effet, participé à la fois à la construction du droit matériel et de la procédure administrative contentieuse.

durant ces vingt années de pratique et donné l'occasion au Conseil d'Etat d'élaborer de « grands avis contentieux » *Cofiroute*, *M^{me} Marteaux*, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *Société L et P Publicité*, *L'Hay-les-Roses*, *Commune de Rogerville*, *M^{me} Hoffman-Glemane* sont autant de grands avis contentieux qui viennent à l'esprit et dont la liste peut être encore allongée selon le type de contentieux auquel l'on s'intéresse.

Les avis contentieux ont, en effet, participé à la construction à la fois du droit matériel et de la procédure administrative contentieuse. Ainsi, l'avis *L'Hay-les-Roses* apporte une contribution remarquable au droit du contentieux administratif en définissant le régime de l'homologation des transactions, mais d'autres avis ont permis de répondre à des questions précises telles que la détermination des moyens soulevés d'office. A la cour administrative d'appel de Paris qui demande au Conseil d'Etat « Lorsqu'une demande d'aide juridictionnelle a été formulée en première instance et que le juge a méconnu son obligation de surseoir à statuer, l'irrégularité entachant alors son jugement doit-elle être soulevée d'office par le juge d'appel ? », celui-ci répond, dans un avis récent « Compte tenu de l'importance de l'aide juridictionnelle [] pour la mise en œuvre du droit constitutionnellement garanti de toute personne à un recours effectif à une juridiction, l'irrégularité tenant à ce qu'une décision juridictionnelle a été rendue en méconnaissance de l'obligation de surseoir à statuer qui s'impose à toute juridiction lorsqu'a

été présentée une demande d'aide juridictionnelle [...] doit, le cas échéant, être soulevée d'office par la juridiction qui est saisie de cette décision» (CE avis 6 mai 2009, *M. Jafor Khan*, n° 322713, JO 26 mai 2009, p. 8721; AJDA 2009. 1898, note B. Arvis). Particulièrement motivé, cet avis indique, de manière remarquable, le raisonnement menant à la qualification de moyen soulevé d'office: il fait référence à l'importance de l'aide juridictionnelle pour la mise en œuvre du droit constitutionnel à un recours effectif. A l'opposé, certains avis affirment de manière lapidaire que d'autres moyens ne sont pas d'ordre public (CE avis 3 mai 2004, *M. Leroux*, n° 262073, AJDA 2004. 1530, note S. Hul; CE avis 11 oct. 2006, *M. Lamri*, n° 292969). Avec ses avis contentieux, le Conseil d'Etat contribue donc d'une nouvelle manière à la formation du droit du contentieux administratif. A côté des propositions de réforme du code de justice administrative issues de la juridiction administrative elle-même, des décisions du juge administratif, qui déterminent, par exemple, des règles ou des principes de procédure, les avis contentieux forment une autre voie jurisprudentielle pour créer, à titre exceptionnel, de nouvelles procédures ou, plus communément, pour préciser les prérogatives du juge administratif.

La période récente a par ailleurs confirmé l'utilité des avis contentieux pour répondre à des questions de droit qui résultent de l'application d'un texte récemment entré en vigueur. Effectuant le «rodage contentieux» de ces textes (v. B. Pacteau, préc., p. 330), le Conseil d'Etat a ainsi notamment précisé le régime du droit de timbre issu de la loi de finances pour 1994, n° 93-1352 du 30 décembre 1993 (v. V. Dussart, préc., p. 7), puis celui de l'obligation de quitter le territoire français (CE avis 19 oct. 2007, *M. Hammou et M. Benabdelhak*, préc.; CE avis 28 nov. 2007, *M. Ratotovoa*, n° 306901; CE avis 28 nov. 2007, *M. Barjamaj*, n° 307999, AJDA 2008. 590, note L. Gros; CE avis 28 mars 2008, *M. Brindou A.*, n° 310252, AJDA 2008. 2174, note O. Lecuq et CE avis 28 mars 2008, *M. M'Barek A.*, n° 311893, AJDA 2008. 2174, préc.; CE avis 25 juill. 2008, *M^{me} Lavaud*, n° 315529, AJDA 2008. 1517; CE avis 26 nov. 2008, *M. Silidor*, n° 315441, AJDA 2008. 2258),

ou encore du retrait de points du permis de conduire (v., not., CE avis 22 nov. 1995, *Charton*, n° 171045, Lebon 421; CE avis 26 juill. 2006, *Janiaud*, n° 292829, Lebon 375 et CE avis 26 juill. 2006, *Orio*, n° 292750, Lebon 377; CE avis 31 janv. 2007, *Verdier*, n° 295396, AJDA 2007. 739, concl. D. Chauvaux), véritables nids à contentieux et donc à avis contentieux.

Pour l'avenir, la source des avis contentieux n'est certainement pas vouée à se tarir. Gageons que de nouvelles procédures, de nouveaux textes, offriront des occasions aux juridictions du fond de solliciter des avis contentieux du Conseil d'Etat. Les contestations en matière de droit au logement opposable ou de revenu de solidarité active pourraient ainsi donner lieu à des demandes d'avis (v. Conseil d'Etat, *Rapport public 2009*, préc., p. 251; sur la fixation de l'astreinte dans le cadre du recours DALO, v. une première demande d'avis: TA Paris 15 oct. 2009, *M. Maache*, AJDA 2009. 2413, concl. P. Nguyen-Duy). Quant au Conseil d'Etat, il incite aujourd'hui les juridictions du fond à utiliser l'article L. 113-1 dans une matière qui n'a donné lieu qu'à peu d'avis contentieux jusque-là: la matière contractuelle. Le *Rapport public 2008* du Conseil d'Etat invite, en effet, les juridictions du fond à recourir à la procédure de l'article L. 113-1 «pour stabiliser rapidement le régime applicable aux nouveaux contrats». Il précise: «La jurisprudence administrative contribuant largement à définir le régime juridique applicable aux différentes familles de contrat administratif, elle doit s'efforcer de dissiper le plus rapidement possible les incertitudes pesant sur les nouveaux types de contrat et en stabiliser le régime juridique. Il serait opportun d'utiliser à cet effet la procédure de l'avis de l'article L. 113-1 du code de justice administrative pour clarifier au plan national les zones d'ombre et cadrer les questions les plus importantes. Cette manière de faire serait particulièrement expédiente pour le contrat de partenariat» (Conseil d'Etat, *Rapport public 2008*, t. 2: *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Doc. fr., p. 271-272). Il appartient à présent aux juridictions du fond de répondre à cette invitation. ■