

Hélène HOEPFFNER - Professeur de droit public à Sciences Po Toulouse, Institut Maurice Hauriou

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 40 - CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE
CONSTITUTIONNELLE - JUIN 2013

Le droit de propriété est-il toujours inviolable ?

Décision : Cons. const., déc. n° 2012-292 QPC du 15 février 2013, *Mme Suzanne P.-A.*

1. La propriété est-elle encore un droit « *inviolable* », dont « *nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment* » (DDHC, art. 17) ? Nous nous permettrons d'en douter à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 15 février 2013, *Mme Suzanne P.-A.*, déclarant conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 12-6 du code de l'expropriation relatives au droit de rétrocession. Cette décision s'inscrit dans la lignée de jurisprudences tendant à moins protéger le droit de propriété que par le passé (v. J.-B. Auby, *Dr. Adm.*, 2010, rep. n° 10).

2. Ce n'est pas la première fois que le droit de rétrocession était sur la sellette.

Il a d'abord été critiqué par la Cour européenne des droits de l'homme. (R. Hostiou, « Affectation du bien exproprié et effectivité du droit de rétrocession (...) », *Terres du droit. Mél. Y. Jegouzo*, Dalloz, 2009, p. 71). Aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation (ex. Civ. 3^e, 31 janv. 1996, *Mme Catouaria Tounéji*, *Bull. civ.* III, 1996, n° 31, p. 20), il était admis que la constitution d'une réserve foncière par voie d'expropriation – en vue de réaliser des logements sociaux – faisait obstacle à l'exercice du droit de rétrocession tant que le terrain n'avait pas reçu une affectation irréversible contraire aux dispositions de la déclaration d'utilité publique (DUP). Cette solution a été contredite par la Cour de Strasbourg dans une décision du 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne c/ France* (n° 48161/99, *AJDA*, 2002, p. 1226, R. Hostiou et p. 1277, chron. J.-F. Flauss) jugeant que si aucun motif d'utilité publique n'est de nature à justifier l'absence de réalisation de l'opération prévue dans la DUP et le maintien du terrain exproprié en réserve foncière, les anciens propriétaires sont fondés à soutenir qu'ils ont été indûment privés de l'éventuelle plus-value engendrée sur ce terrain et qu'ils ont subi une charge excessive au regard de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1. Elle a donc été modifiée par la Cour de cassation (Civ. 3^e, 19 nov. 2008, *Payet c/ Cne du Tampon*, *AJDI*, 2009, p. 312, R. Hostiou) qui considère désormais que la seule existence d'une nouvelle DUP en cours de validité n'est pas de nature à elle seule à interdire qu'il soit fait droit à la rétrocession sollicitée par l'ancien propriétaire du bien, le juge devant en pareil cas rechercher si les expropriés n'ont pas été « *privés d'une plus-value qui aurait été engendrée par le bien exproprié et s'ils n'ont pas, en conséquence, subi une charge excessive du fait de l'expropriation* ».

Le droit de rétrocession a ensuite été suspecté d'inconstitutionnalité.

Saisie du point de savoir si l'absence d'évaluation complémentaire ou de nouvelle évaluation d'un bien qui, en raison d'une nouvelle DUP, est demeuré dans le patrimoine de l'expropriant depuis le transfert de propriété ne prive pas l'exproprié d'une juste et préalable indemnité (DDHC, art. 17), la Cour de cassation a éludé le problème et refusé de renvoyer une QPC au Conseil constitutionnel (Civ. 3^e, 30 mars 2012, n° 12-40001, *RDI*, 2012, p. 330, R. Hostiou).

Saisie du point de savoir si l'article 12-6 du code de l'expropriation porte atteinte au droit de propriété, en ce qu'il permet à l'expropriant de faire échec au droit de rétrocession de l'exproprié « *par la seule réquisition d'une nouvelle DUP, sans que cette faculté soit limitée en nombre ou dans le temps, ni même que la réquisition soit suivie d'une déclaration d'utilité publique* », elle a en revanche jugé la question sérieuse et l'a renvoyée au Conseil constitutionnel (Civ. 3^e, 27 nov. 2012, n° 12-40070). Comme l'a souligné R. Hostiou (« QPC et expropriation : droit de rétrocession et condition d'utilité publique », *AJDA*, 2012, p. 2401), l'enjeu de cette question est plus large que celui du seul droit de rétrocession : à travers elle, c'est l'effectivité du contrôle de l'utilité publique qui est en cause. On ne peut donc qu'être déçu par la décision du Conseil constitutionnel qui, au terme d'une décision dont la motivation nous semble insuffisante, déclare ces dispositions conformes à la Constitution. (rapp. W. Sabète, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2011, p. 885).

I – Le droit de rétrocession : garantie théorique du droit de propriété

3. Le principe selon lequel l'expropriation doit être justifiée par une « *nécessité publique* » (DDHC, art. 17) implique, pour l'expropriant,

l'obligation de donner au bien exproprié la destination prévue dans la déclaration d'utilité publique et confère aux anciens propriétaires des droits, en particulier celui de recouvrer la propriété dudit bien au cas où les pouvoirs publics n'auraient pas satisfait aux obligations qui leur incombent. C'est l'institution de la rétrocession, aussi appelée « *droit de remise* » (L. 7 juill. 1833), de « *priorité* » ou de « *préemption* » (M. de Lalleau, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, t. II, 8^e éd., LGDJ, 1893, p. 410).

Si, dans un délai de cinq ans à compter de l'ordonnance d'expropriation, les immeubles ou les droits réels expropriés n'ont pas reçu (Civ. 3^e, 27 sept. 2006, *Sté HLM Ozanam*, *Bull. civ.* III, n^o 190, p. 158) ou ont cessé de recevoir (CE, Avis, Sect. Fin., 16 avr. 1957, n^o 271311) la destination prévue dans la DUP, les anciens propriétaires, à défaut de pouvoir obtenir l'annulation de l'expropriation, peuvent revendiquer, pendant un délai de trente ans, devant l'autorité expropriante ou en cas de désaccord devant le tribunal de grande instance, le droit de les recouvrer moyennant le versement d'un nouveau prix fixé par le juge de l'expropriation au jour de la restitution (Civ. 3^e, 11 mars 1987, *Dame Delenne c/ Cne de Bollène*, *AJPI*, 1988, p. 28).

4. Institutionnalisé par la loi du 7 juillet 1833 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, confirmé par la loi du 3 mai 1841, le décret-loi du 8 août 1935 et l'ordonnance n^o 58-997 du 23 octobre 1958 puis renforcé par la loi n^o 60-792 du 2 août 1960(1), ce droit est traditionnellement présenté comme une garantie supplémentaire du droit de propriété : celle que l'expropriation a effectivement été mise en œuvre pour un motif d'intérêt public. Le droit de rétrocession permet de sanctionner la mise en cause *a posteriori* de la nécessité publique constatée dans la DUP lorsque le projet ayant justifié l'expropriation n'est pas réalisé ou lorsque l'affectation envisagée n'est pas maintenue. Ainsi l'exprimait M. Legrand, commissaire du Roi en 1833 : « *L'État n'a pas acquis au même titre qu'un simple particulier : il n'a pu devenir propriétaire qu'à condition ; les terrains ne lui ont été vendus que pour une cause d'utilité publique. Si cette cause ne se réalise pas, il est juste que les propriétaires dépossédés puissent, s'ils le veulent, recouvrer la jouissance des immeubles qu'ils ont cédés ; et ce n'est qu'à leur refus de les reprendre à un prix équitablement réglé que l'administration peut procéder à une revente publique* » (cité par M. de Lalleau, *op. cit.*).

5. Cette « filiation » avec la procédure d'expropriation est très clairement soulignée dans le 5^e considérant de la décision. Le Conseil y souligne qu'en instaurant le droit de rétrocession, le législateur a entendu renforcer les garanties légales de nature à satisfaire les impératifs de l'article 17 DDHC assurant le respect de l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'expropriation d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être ordonnée que pour la réalisation d'une opération dont l'utilité publique a légalement été constatée. Elle justifie que le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété n'ait pas été jugé inopérant. C'est aussi elle qui justifie que le considérant de principe habituel en matière d'expropriation (ex. déc. n^o 2011-208 QPC du 13 janv. 2012) ait été tronqué dans la mesure où le droit de rétrocession ne met pas en cause que l'exigence constitutionnelle de « *nécessité publique* » et non pas celle d'une « *juste et préalable indemnité* » (cons. 3).

II – Les obstacles à la reconnaissance du droit de rétrocession : des atteintes pratiques non reconnues au droit de propriété

6. Le droit de rétrocession n'est pas absolu. Au contraire, il est difficile à exercer.

D'abord, parce qu'il suffit que des travaux aient été sérieusement engagés durant la période de cinq ans pour que l'expropriant puisse s'opposer à une demande de rétrocession (ex. Civ. 3^e, 27 fév. 2007, *Epafrance c/ Mme Mazuel*, *AJDI*, 2007, p. 760, note R. Hostiou).

Ensuite, parce qu'une affectation, même partielle, du bien exproprié suffit également à s'opposer à une telle demande (Civ. 3^e, 11 mai 2005, *Marcoz-Nicodex c/ Cne de Brides-les-bains*, *RDI*, 2005, p. 271, C. Morel).

Enfin, parce que l'article L. 12-6 du code de l'expropriation prévoit que la simple réquisition d'une nouvelle DUP permet à l'expropriant de faire obstacle à une demande de rétrocession.

7. C'est précisément ce qui a justifié le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel : le code de l'expropriation permet à l'expropriant de faire échec au droit de rétrocession de l'exproprié par la seule réquisition d'une nouvelle DUP (Civ. 3^e, 3 déc. 1980, *Époux Lacroix c/ Cne Perrignier*, *Bull. civ.* III, n^o 189, p. 142), modifiant le cas échéant l'objet de la DUP initiale (Civ. 3^e, 26 mars 1980, *Delle Benincasa c/ Ville de Marseille*, *Bull. civ.* III, n^o 70, p. 49), sans que cette faculté soit limitée en nombre ou dans le temps.

8. Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution. Il a considéré d'une part, qu'en prévoyant que la seule réquisition d'une nouvelle DUP puisse faire obstacle à une demande de rétrocession formée par l'ancien propriétaire, le législateur « *a entendu fixer des limites à l'exercice du droit de rétrocession afin que sa mise en œuvre ne puisse faire obstacle à la réalisation soit d'un projet d'utilité publique qui a été retardé, soit d'un nouveau projet d'utilité publique se substituant à celui en vue duquel l'expropriation avait été ordonné* » et qu'il n'a, par suite, pas porté atteinte au droit de propriété (cons. 6). Il a considéré d'autre part, qu'en écartant le législateur de la procédure de rétrocession et en permettant à une autorité administrative de faire obstacle à ce droit, « *il n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence* » (cons.

9. Le rejet du moyen fondé sur l'incompétence négative du législateur (cons. 7) était prévisible. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de souligner, à propos de la procédure d'expropriation, que le fait de laisser l'autorité administrative apprécier l'utilité publique d'une opération, sous le contrôle du juge administratif, sans requérir l'avis du législateur ne soulevait pas une question sérieuse justifiant la saisine du Conseil constitutionnel (CE, 9 nov. 2011, n° 351890, *M. A.*). Il ne pouvait pas en aller différemment pour la procédure de rétrocession. Aux termes de l'article L. 12-6 du code de l'expropriation, le législateur n'a pas confié à l'autorité administrative le pouvoir de fixer des règles mettant en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété : il lui a confié le soin de mettre en œuvre une procédure, sous le contrôle du juge administratif, aux termes de laquelle elle peut s'opposer à ce que l'ancien propriétaire d'un bien exproprié recouvre sa propriété, si l'utilité publique le justifie. La solution inverse eût en réalité conduit à imposer que la détermination de l'utilité publique soit laissée à la seule appréciation du législateur *a priori* (c'est-à-dire à l'occasion de l'expropriation) et *a posteriori* (c'est-à-dire à l'occasion de la rétrocession), ce qui n'est nullement envisageable.

10. Le rejet du moyen fondé sur l'atteinte au droit de propriété (cons. 6) est plus discutable. Selon le Conseil, « *en prévoyant que la réquisition d'une nouvelle déclaration d'utilité publique permet à elle seule de faire obstacle à une demande de rétrocession formée par l'ancien propriétaire ou ses ayants droit, le législateur a entendu fixer des limites à l'exercice du droit de rétrocession afin que sa mise en œuvre ne puisse faire obstacle à la réalisation soit d'un projet d'utilité publique qui a été retardé soit d'un nouveau projet d'utilité publique se substituant à celui en vertu duquel l'expropriation avait été ordonnée* ». En apparence, la lettre de l'article 17 de la DDHC est respectée : les citoyens peuvent être privés de leur propriété si un projet d'utilité publique l'exige. En réalité, on perçoit à quel point le contrôle de l'utilité publique sera – au stade de la rétrocession – superficiel et avec quelle facilité l'expropriant peut neutraliser le droit de rétrocession en invoquant une nécessité réelle ou potentielle.

D'abord, c'est la simple « réquisition » d'une nouvelle DUP qui permet à l'expropriant de s'opposer à la rétrocession et non son obtention, c'est-à-dire la reconnaissance effective de l'utilité publique du projet. Or on peut s'interroger sur la persistance de l'utilité publique réelle d'un projet « *qui a été retardé* » autrement dit qui n'a même pas été démarré cinq ans après l'expropriation.

Ensuite, c'est la réquisition d'une nouvelle DUP pour un « nouveau projet d'utilité publique » qui permet de faire obstacle à la rétrocession. Or on peut s'interroger sur l'utilité publique réelle de ce nouveau projet qui, à ce stade – celui de la simple demande d'une DUP – n'est que présumée par l'autorité expropriante. N'était-il pas opportun, pour un nouveau projet, d'exiger l'obtention d'une nouvelle DUP reconnaissant effectivement l'utilité publique de l'opération ?

Enfin, la question posée soulignait que cette faculté laissée à l'expropriant de réclamer une nouvelle DUP n'est pas limitée en nombre ou dans le temps, autrement dit qu'elle peut être utilisée à plusieurs reprises. Le Conseil constitutionnel ne répond pas à ce grief. Sans doute, implicitement, considère-t-il que cette difficulté est résolue par le contrôle du juge ordinaire sur la nouvelle DUP qui sanctionne le détournement de procédure (CE, 17 juin 1977, *Dame Vve Martel, Rec.*, p. 278) ou de pouvoir (CE, 12 mai 2004, *Dpt des Alpes-Maritimes, Rec. T.*, p. 730 ; *AJDI*, 2004, p. 894, R. Hostiou). Mais c'est là une maigre consolation dans la mesure où le détournement de pouvoir n'est que rarement admis par le juge administratif et qu'en tout état de cause, sa sanction n'intervient que tardivement.

Conclusion. La décision du 15 février 2013 – comme nombre de celles rendues en matière d'expropriation – déçoit par la faible protection qu'elle accorde au droit de propriété. Autant la Cour européenne des droits de l'homme, en cherchant à protéger le droit au respect des biens, a bouleversé le droit de l'expropriation par ses décisions *Motais de Narbonne* (préc.) et *Yvon c/ France* (24 avr. 2003, n° 44962/98, *AJDA*, 2004, p. 1141, tribune R. Hostiou ; 2003, p. 1924, J.-F. Flauss ; *D.*, 2003, p. 2456, R. Hostiou ; *RDI*, 2003, p. 425, étude J.-F. Strouillou), autant le Conseil constitutionnel, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, n'a guère contribué à rééquilibrer les rapports entre l'expropriant et les propriétaires. Il n'a, pour l'instant, prononcé que l'annulation des articles L. 15-1 et L. 15-2 du code de l'expropriation (déc. n° 2012-226 QPC du 6 avr. 2012).

Si le mécanisme du droit de rétrocession tel qu'il est encadré par l'article L. 12-6 du code de l'expropriation est « sauvé des eaux constitutionnelles », il n'est peut être pas pour autant « sauvé des eaux conventionnelles », même si le juge judiciaire a déjà fait valoir expressément, de façon sommaire et sans doute hâtive, que « *les dispositions de l'article L. 12-6 ne contreviennent à aucune norme européenne à caractère supranational* » (CA Versailles, 25 mai 1992, *Girardin c/ Cne d'Argenteuil, DS*, 1993, SC, p. 195 ; Civ. 3^e, 30 sept. 1998, *Motais de Narbonne, JCP*, 1999, II, 10056, note A. Bernard).

Certes, l'existence d'une procédure de rétrocession assurant un « *juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et le respect du droit de propriété* » met *a priori* notre droit en conformité avec la jurisprudence *Karaman c/ Turquie* de la Cour (15 janv. 2008, n° 6489/03). La

conventionnalité du dispositif français semble d'autant plus assurée que la Cour a retenu une interprétation restrictive du droit au respect des biens (art. 1, P. 1) en considérant (contrairement d'ailleurs à la jurisprudence française) que le droit de rétrocession ne peut être exercé qu'en cas d'expropriation au sens strict et non pas en cas de cession amiable, même réalisée à la suite d'une déclaration d'utilité publique (24 avr. 2008, *Kemp c/ Luxembourg*, n° 17140/05).

Mais son régime pourrait néanmoins prêter à la critique sur deux autres terrains (en ce sens R. Hostiou, art. préc.). Le premier est celui du droit à un procès équitable, lequel implique notamment le respect d'un délai raisonnable de jugement. La procédure de rétrocession fait potentiellement intervenir trois juges – le juge judiciaire, compétent pour statuer sur la demande ; le juge administratif, en cas de litige relatif à la DUP ; et le juge de l'expropriation, pour statuer sur le prix que devra verser l'ancien propriétaire pour recouvrer son bien – dans un délai incontestablement trop long. Le second est celui du droit au respect des biens dans l'hypothèse où, à la suite de l'annulation d'une DUP, le juge de l'expropriation constate le défaut de base légale de l'ordonnance d'expropriation prononcée par le juge judiciaire mais que le bien illégalement exproprié n'est pas en état d'être rétrocedé. L'administration peut, dans ce cas, se dispenser de procéder à la rétrocession et se contenter d'indemniser l'exproprié (c. expr., art. L. 12-5 et R. 12-5) : en dépit de l'absence manifeste d'utilité publique, elle est donc à même de réaliser une forme d'expropriation indirecte pourtant officiellement bannie (R. Hostiou, « L'expropriation indirecte », *in Confluences. Mél. J. Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p. 579 ; R. Noguellou, « L'expropriation indirecte », *Dr. Adm.*, n° 4, 2007, focus).

On ne peut finalement que regretter qu'un droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré soit manifestement mieux protégé par la Cour européenne des droits de l'homme que par nos juridictions.

Le référé précontractuel à l'épreuve du droit au recours juridictionnel effectif

Décision : CE, 15 février 2013, *Sté Novergie*, n°s 364325, 364491 et 364549

1. La décision *Sté Novergie* rendue par Conseil d'État le 15 février 2013 confirme – s'il en était encore besoin – que le droit des contrats administratifs est l'un des rares domaines où la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité ne prospère pas (v. notre constat, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 38, 2013, p. 231).

2. À la suite du rejet de leurs offres, les sociétés Novergie et CNIM ont exercé un référé précontractuel tendant à l'annulation d'une procédure d'attribution d'une délégation de service public portant sur l'exploitation et la modernisation d'une unité de valorisation énergétique de déchets ménagers. Déboutées en premier ressort, elles se sont pourvues en cassation, en complétant leurs recours d'une demande de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (Ord. 7 nov. 1958, art. 23-5 : « *y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État* ») portant sur les articles L. 551-1 à L. 551-4 et L. 551-10 à L. 551-12 du code de justice administrative (CJA) relatifs à la procédure du référé précontractuel. Elles considéraient notamment que ces dispositions méconnaissent le droit à un recours juridictionnel effectif découlant de l'article 16 de la DDHC. Plus exactement, la contrariété viendrait de la combinaison des articles L. 551-1 : « *Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » et L. 551-3 : il « *statue en premier et dernier ressort* », « *dans l'interprétation que leur a donné la jurisprudence du Conseil d'État* » (sur le débat relatif à la possibilité de contester l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative, v. X. Magnon (dir.), *QPC*, Litec, n° 69 et s. ; v. CE, 18 juin 2010, n° 338638 ; Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010, *RTD civ.*, 2011, p. 90, P. Deumier).

3. Le référé précontractuel est une procédure qui a pour but de prévenir la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats qui constatent un manquement à ces règles d'obtenir du juge, statuant « *en premier et dernier ressort en la forme des référés* » (CJA, art. L. 551-3), qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier « *avant la conclusion du contrat* » (CJA, art. L. 551-1). Autrement dit, ce recours ne peut donc être exercé qu'avant la signature du contrat, à peine d'irrecevabilité (CE, Sect., 1995, *CCI de Tarbes, Rec.*, p. 394 ; *RFDA*, 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy). De surcroît, si la signature intervient en cours d'instance, le recours devient sans objet et le juge est tenu de prononcer un non-lieu à statuer, sans pouvoir contrôler la validité de la signature (sauf son inexistence : CE, 8 fév. 1999, *Sté Campenon Bernard, BJCP*, n°4, 1999, p. 361, concl. C. Bergeal ; CE, 7 mars 2005, *Sté Grandjouan, Rec.*, p. 961). Cette solution vaut aussi bien en premier ressort qu'en cassation : le pourvoi en cassation est irrecevable si la signature du contrat intervient après l'ordonnance rejetant le référé mais avant la saisine du Conseil d'État (CE, 28 fév. 2001, n° 221301, *Sté Normandie*) ; il est sans objet si la signature du contrat intervient au cours de l'instruction devant le juge de cassation (CE, Sect., 3 nov. 1995, *Sté Stentofon communications, Rec.*, p. 394, *RFDA*, 1995, p. 1077, concl. C. Chantepy).

Cette contrainte temporelle a longtemps provoqué une « course à la signature » afin d'empêcher des concurrents évincés de saisir le juge. Pour limiter ce risque, la loi du 30 juin 2000 a d'abord ouvert la possibilité pour le président du tribunal administratif, d'enjoindre, dès sa saisine, de

différer la signature pour un délai maximum de 20 jours. La directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 dite *Recours*, transposée par le décret n° 2009-1456 du 29 novembre 2009 à l'article R. 551-5 du code de justice administrative, a ensuite imposé la généralisation de l'obligation dite de *standstill*, c'est-à-dire l'obligation de s'abstenir de signer le contrat litigieux pendant un délai minimum de 16 jours à compter de la communication de la décision d'attribution du contrat. Enfin, tirant les conséquences de ce qu'en pratique, une ordonnance était presque systématiquement prononcée, l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 a donné un effet suspensif automatique au référé précontractuel : « *le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification* » aux organismes adjudicateurs de « *la décision juridictionnelle* » (CJA, art. L. 551-4). Certes, cela n'exclut pas que l'administration, violant cette obligation, signe le contrat au cours de la procédure juridictionnelle et provoque un non-lieu à statuer. Mais dans ce cas, le requérant se verra reconnaître le droit d'exercer un autre recours pour contrer cette manœuvre dolosive : un référé contractuel. Il reste que la suspension ne vaut qu'en première instance. Conformément à la directive qui n'impose la suspension automatique qu'au stade d'une « *instance de premier ressort* », l'article L. 551-4 du CJA ne vise que la « *saisine du tribunal administratif* ». Par suite, même si un pourvoi en cassation est formé contre l'ordonnance rejetant le référé, l'administration peut signer le contrat et empêcher le requérant de poursuivre son recours.

4. C'est précisément ce qui était contesté par les requérantes. Elles considéraient que ce mécanisme porte atteinte au droit à un recours effectif. Le « droit au juge » n'est pas, en France, consacré expressément dans la Constitution (comp. avec les ex. étrangers, L. Favoreu et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, n° 1364 et s.). Il a été façonné par le Conseil constitutionnel, reprenant sur le fondement de l'article 16 de la DDHC : il a déduit de la notion de « *garantie des droits* » « *le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif* » (Cons. const., déc. n° 96-373 DC du 9 avr. 1996 ; n° 2010-71 QPC du 26 nov. 2010). Reprenant la substance des exigences des articles 6 § 1 et 13 de la CEDH, il a donné corps à ce droit qui suppose que les droits et libertés énoncés dans les autres articles de la Constitution, de la DDHC ou dans la jurisprudence constitutionnelle soient effectivement garantis par la possibilité notamment d'exercer un recours juridictionnel destiné à les faire sanctionner (*Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2011, comm. 58, A. Roblot-Troizier). Ainsi, dans le domaine des contrats administratifs, le droit au recours suppose que les principes généraux du droit de la commande publique dégagés par le Conseil constitutionnel et plus le « *principe d'égalité devant la commande publique* » (déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002, n° 2202-461 DC du 29 août 2002 ; n° 2003-473 DC du 26 juin 2003) soient garantis par la possibilité pour les requérants évincés d'une procédure de mise en concurrence d'exercer un recours juridictionnel.

Néanmoins, ce droit n'a jamais été absolu. Il a toujours été admis, par le juge constitutionnel tout comme par le juge administratif que l'effectivité de ce droit est réputée assurée, d'une manière générale, lorsque le justiciable n'est pas dépourvu de la faculté d'accéder au juge, même si cet accès est réduit pour des motifs d'intérêt général ou de principe (CE, 24 sept. 2010, n° 341685, *Decurey*) ou que le juge n'est pas empêché d'exercer son contrôle (Cons. const., déc. n° 2008-567 DC du 24 juill. 2008). Il a même été admis qu'une personne intéressée puisse ne jamais avoir droit à saisir le juge (Cons. const., déc. n° 2011-138 du 17 juin 2011, *LPA*, 31 juill. 2012, n° 152, p. 11, L. Janicot).

Or c'est précisément le raisonnement qui est suivi par le Conseil d'État dans le 5^e considérant de l'arrêt. Il considère que le droit au recours effectif est garanti par l'existence d'autres voies de recours ouvertes après la signature du contrat : « *la décision par laquelle le Conseil d'État rejette comme privé d'objet un tel pourvoi dans le cadre de cette procédure spécifique ne fait pas obstacle à ce que le concurrent évincé saisisse le juge administratif de conclusions tendant à contester la validité du contrat conclu ou à obtenir l'indemnisation du préjudice né de sa conclusion (...)* les candidats à l'attribution d'un contrat entrant dans le champ d'application des dispositions du code de justice administrative ne sont, dès lors, pas privés de la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif ». Le concurrent évincé peut en effet exercer un recours *Tropic* (CE, Ass., 16 juill. 2007, n° 291545), un recours en responsabilité fondé sur la perte de chance d'obtenir le contrat (CE, 27 janv. 2006, n° 259374, *Cne d'Amiens*, *BJCP*, n° 45, 2006, p. 97, concl. N. Boulouis), voire, en cas de violation de l'obligation de *standstill*, un référé contractuel. Il reste que ces recours n'ont pas exactement la même finalité que le référé précontractuel qui permet au requérant d'espérer la mise en place d'une nouvelle procédure de mise en concurrence au terme de laquelle sa candidature pourrait être retenue alors que les recours exercés après la signature du contrat, voire après son exécution intégrale, lui laisse essentiellement espérer une indemnisation, généralement partielle et souvent des plus incertaines.

Revue doctrinale

DROIT ADMINISTRATIF

- Questions prioritaires de constitutionnalité du premier semestre de l'année 2012 en rapport avec le droit de la fonction publique. *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, janvier-février 2013, n° 329, p. 99-102.

- Audrain-Demey, Gaëlle. Le Conseil constitutionnel et les garanties procédurales en matière de servitudes d'utilité publique. *Constitutions*.

- Faure, Bertrand. Le schéma départemental de coopération intercommunale a-t-il une valeur contraignante ? [CE, 21 septembre 2012, Commune de Couvrot, n° 361632 ; CE, 21 septembre 2012, Commune de Poligny, n° 360984]. *Actualité juridique. Droit administratif*, 4 février 2013, n° 4, p. 240-244.

- Foulquier, Norbert. L'interdiction de bâtir sur le domaine public maritime est conforme à la Constitution [CE, 7 mars 2012, M. Tomaselli, n° 355009]. *Actualité juridique. Droit administratif*, 4 février 2013, n° 4, p. 236-239.

- Roblot-Troizier, Agnès ; Tusseau, Guillaume. Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2013, n° 1, p. 141-157.

- Teitgen-Colly, Catherine. Sanction et Constitution. *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 11 mars 2013, n° 11, p. 34-41.

DROIT ÉLECTORAL

- Robert, Jacques-Henri. Incapacité électorale : nostalgie de l'ancien Code pénal. [Cass. crim., 14 novembre 2012, n° 12-85319]. *Droit pénal*, février 2013, n° 2, p. 39-40.

- Savonitto, Florian. QPC et protection des droits et libertés en matière électorale. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 14 janvier 2013, n° 3, 4 p. Disponible sur : .

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

- Audrain-Demey, Gaëlle. La QPC et l'environnement : l'ampleur d'une évolution inattendue. *Droit de l'environnement*, janvier 2013, n° 208, p. 13-18.

- Delaunay, Bénédicte. La réforme de la participation du public. *Actualité juridique. Droit administratif*, 18 février 2013, n° 6, p. 344-350.

- Fort, François-Xavier. Le renouvellement des procédures de participation en droit de l'environnement. *Environnement*, janvier 2013, n° 1, p. 13-18.

- Foucher, Karine. L'apport en demi-teinte de la QPC à la protection du droit de participer en matière d'environnement. *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, octobre-décembre 2012, n° 4, p. 657-665.

- Hutten, Nicolas. Quelques avancées du Conseil d'État sur les principes de précaution et de prévention. [CE, 30 janvier 2012, Sté Orange France c/ Commune de Noisy-le-Grand, n° 344992]. *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, octobre-décembre 2012, n° 4, p. 652-657.

- Makowiak, Jessica. L'évolution du droit des installations classées pour la protection de l'environnement : entre tentation du libéralisme et renforcement des contraintes. *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 21 janvier 2013, n° 4, p. 22-30.

- Noguellou, Rozen. Le principe de participation du public. *Droit administratif*, février 2013, n° 2, p. 3-4.

- Prieur, Michel. Un nouvel instrument de démocratie participative. *Actualité juridique. Droit administratif*, 4 février 2013, n° 4, p. 193.

DROIT PARLEMENTAIRE/LÉGISTIQUE

- Camby, Jean-Pierre. La loi organique relative au Sénat. *Actualité juridique. Droit administratif*, 28 janvier 2013, n° 3, p. 160-164.

(1) Sur l'histoire du droit de rétrocession : v. R. Hostiou, art. préc., *Mél. Y. Jégouzo*.