



On sait que par leur obsession contentieuse, les requérants d'habitude ont fait avancer la jurisprudence (F. Lemaire, Les requérants d'habitude, RFDA 2004. 554 ). La doctrine s'est moins intéressée aux « défendeurs d'habitude » dont l'entêtement administratif suscite un contentieux non moins abondant (F. Donnat et D. Casas, Le respect dû aux décisions du juge administratif, AJDA 2003. 2253 ). C'est un de ces défendeurs qu'a eu à juger le juge des référés du Conseil d'Etat dans son ordonnance du 16 janvier 2016.




Le Conseil d'Etat devait ainsi apprécier la portée de l'article L. 2122-34 du code général des collectivités territoriales (CGCT) qui permet au préfet de se substituer au maire agissant en tant qu'agent de l'Etat pour édicter les actes qui lui sont prescrits par la loi. Le débat portait sur cette notion d'« actes qui lui sont prescrits par la loi ». Dans cette affaire, l'acte était prescrit par une ordonnance du Conseil d'Etat. Une telle décision peut-elle s'apparenter à un acte prescrit par la loi ? Le préfet est-il tenu de mettre en oeuvre son pouvoir de substitution de l'article L. 2122-34 du CGCT pour faire exécuter une décision de justice ? La question avait été tranchée par la négative par le Conseil d'Etat dans un arrêt de section du 10 novembre 1960 (*Ducouso*, Lebon 623). Cependant, les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Conseil constitutionnel, le comportement récalcitrant du maire et les libertés fondamentales en jeu ont amené le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence dans l'optique d'une meilleure effectivité du droit au recours.

#### **« La justice sans la force est impuissante... »**

Le litige oppose l'association musulmane El Fath à la ville de Fréjus. L'association souhaitait construire une mosquée sur le territoire de la commune afin de remplacer les garages qui servaient de lieu de culte à ses 600 fidèles. Dans ce cadre, elle a obtenu le 8 avril 2011 la délivrance d'un permis de construire. Mais aux élections municipales de 2014, le Front national a conquis la mairie. Ayant fait de la non-ouverture de la mosquée son cheval de bataille électorale, le maire a alors mis tout en oeuvre, et même au-delà, pour empêcher l'ouverture de la mosquée.

Le 17 novembre 2014, il a édicté un premier arrêté mettant en demeure l'association d'interrompre les travaux. Cet arrêté a été suspendu par le tribunal administratif de Toulon et l'association a pu terminer la construction de la mosquée. En juin 2015, l'association a demandé la délivrance d'une attestation d'achèvement et de conformité des travaux ainsi que l'autorisation d'ouverture au public requise au titre de la législation sur les établissements recevant du public. Malgré l'avis favorable rendu par la sous-commission départementale de sécurité, le maire de Fréjus a rejeté la demande par une décision implicite de rejet acquise le 5 août 2015.

L'association a alors saisi le tribunal administratif de Toulon d'une requête en référé-liberté aux fins d'injonction au maire de délivrer l'autorisation d'ouverture. Ce dernier y a fait droit et a suspendu la décision attaquée en enjoignant au maire de réexaminer la demande d'autorisation dans un délai de quinze jours (17 sept. 2015, n° 1503276).

Néanmoins, la mairie de Fréjus a persisté dans son refus de prendre une décision sur cette demande d'autorisation. Une nouvelle requête en référé-liberté a donc été déposée aux mêmes fins, qui a été rejetée par le tribunal administratif de Toulon pour défaut d'urgence. Saisi en appel, le Conseil d'Etat a fait droit à la requête et, par ordonnance en date du 9 novembre 2015, a enjoint au maire de Fréjus d'accorder l'autorisation d'ouverture au public dans un délai de huit jours et sous astreinte de 500 € par jour de retard (CE, ord., 9 nov. 2015, n° 394333, AJDA 2016. 385 , note E. Debaets). Malgré l'astreinte, le maire de Fréjus a de nouveau refusé de délivrer l'autorisation. Saisi en ce sens, le Conseil d'Etat a alors liquidé l'astreinte à hauteur de 6 500 € (CE, ord., 3 déc. 2015, n° 394333, *Association musulmane El Fath et autres*, Lebon  T. ; AJDA 2015. 2350 ). Le maire de Fréjus n'a cependant toujours pas délivré l'autorisation sollicitée.

Devant cette impasse, l'association a alors demandé au préfet du Var d'autoriser en lieu et place du maire l'ouverture de la mosquée en application de l'article L. 2122-34 du CGCT. Ces dispositions permettent en effet au préfet, lorsque le maire agit au nom de l'Etat et refuse ou néglige de faire un des actes prescrits par la loi, de le mettre en demeure puis d'y procéder d'office.

Or, si le préfet du Var avait dès le 21 octobre 2015 mis en demeure le maire de procéder à la délivrance de l'autorisation d'ouverture, il a refusé de se substituer à lui, au motif qu'une procédure pénale était en cours de délibéré. L'association a donc déposé devant le tribunal administratif de Toulon un référé- liberté demandant qu'il soit enjoint au préfet de se substituer au maire et de délivrer l'autorisation d'ouverture au public afin d'assurer l'exécution de l'ordonnance du 9 novembre 2015. Le juge des référés a, par une ordonnance du 24 décembre 2015, rejeté sa demande. L'association a alors interjeté appel devant le Conseil d'Etat qui a rendu son ordonnance le 19 janvier 2016.

Pour achever ce tableau contentieux, on relèvera qu'une action pénale est en cours pour obtention frauduleuse du permis de construire dans laquelle le procureur de la République a demandé dans ses réquisitions la destruction de la mosquée et dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis pour le maire ayant délivré le permis de construire. De même, on relèvera que le litige relatif à la légalité du permis de construire reste pendant au fond. Ces litiges annexes sont cependant sans conséquence sur la requête en référé-liberté, conformément au principe d'indépendance des législations. A cet égard, le Conseil d'Etat a relevé dans son ordonnance du 3 décembre 2015 précitée que le « motif tiré de l'illégalité ou de la caducité d'une autorisation d'urbanisme est inopposable à une demande d'ouverture d'un établissement recevant du public ». Dans le même sens, dans son ordonnance du 19 janvier 2016, le Conseil d'Etat a jugé que ces litiges ne font pas obstacle à la recevabilité du référé-liberté, et ne permettent pas de considérer que la condition de l'urgence n'est pas remplie.

### « ... La force sans la justice est tyrannique... »















L'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat qui proclame que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte » est souvent invoqué. Mais son article 1<sup>er</sup> est également important pour avoir consacré l'autre pilier de la laïcité, à savoir que la République « garantit le libre exercice des cultes » (J.-B. Chevalier, La mise à disposition d'une salle municipale pour la célébration d'une fête religieuse, AJDA 2016. 108). La liberté de réunion est consacrée quant à elle par la loi du 30 juin 1881. Prises ensemble, ces deux libertés garantissent que des fidèles puissent se réunir librement pour exercer leur culte. A cet égard, il est de jurisprudence constante que les libertés de culte et de réunion sont des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CE 16 févr. 2004, n° 264314, *Benaïssa*, Lebon T. 826 ; AJDA 2004. 822, note G. Guglielmi et G. Koubi ; RDI 2004. 285, obs. J.-P. Brouant et M. Carraz ; AJFP 2004. 150 ; CE, ord., 25 août 2005, n° 284307, *Commune de Massat*, Lebon 386 ; AJDA 2006. 91, note P. Subra de Bieusses ; CE 23 sept. 2015, n° 393639, *Association des musulmans de Mantes Sud*, AJDA 2016. 108, note J.-B. Chevalier).




C'est sur le fondement de ces mêmes libertés que par ordonnance en date du 17 septembre 2015, le tribunal administratif de Toulon avait enjoint d'autoriser l'ouverture de la mosquée de Fréjus pour la fête de l'Aïd-el-Kebir, en estimant que la décision du maire « si elle ne fait pas obstacle à ce que les musulmans de Fréjus se réunissent dans la rue pour prier, fait obstacle à ce que les fidèles bénéficient d'un lieu de culte adapté et approprié à leurs besoins ». Dans son ordonnance du 9 novembre 2015 rendue dans la même affaire, le Conseil d'Etat avait quant à lui relevé que les décisions du maire méconnaissaient « la liberté de culte et la liberté d'expression des convictions religieuses ».

Liberté de culte, liberté de réunion, et liberté d'expression : au moins trois libertés fondamentales étaient donc méconnues par les décisions du maire de Fréjus. Cependant, ce ne sont pas ces dernières qui ont servi de fondement à l'ordonnance du Conseil d'Etat du 19 janvier 2016. Le Conseil d'Etat s'est en effet fondé sur la liberté fondamentale du droit à un recours effectif.

### « ...Il faut donc mettre ensemble la justice et la force... »

Le droit au recours effectif est garanti par la convention européenne des droits de l'homme comme composante du droit au procès équitable. La Cour a ainsi jugé que le droit d'accès à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie » (CEDH 9 avr. 2015, n° 65829/12, *M<sup>me</sup> Tchokontio Happi c/ France*, AJDA 2015. 720 ; RDSS 2015. 651, note D. Tharaud). En matière de contentieux administratif, la CEDH a jugé que « la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par une telle juridiction » (19 mars 1997, n° 18357/91, *Epoux Hornsby c/ Grèce*, AJDA 1997. 977, chron. J.-F. Flauss ; D. 1998. 74, note N. Fricero ; RTD civ. 1997. 1009, obs. J.-P. Marguénaud). La CEDH a récemment jugé, dans un arrêt rendu contre la France à propos du droit au logement opposable, qu'une astreinte (au demeurant versée à l'Etat et non à la requérante) n'avait pas de fonction compensatoire, et ne pouvait avoir pour effet de considérer que la décision a été exécutée (9 avr. 2015, *M<sup>me</sup> Tchokontio Happi c/ France*, préc.). D'ailleurs, la méconnaissance du droit au procès équitable est statistiquement le premier motif de condamnation de la France, en raison notamment du délai déraisonnable des procédures.

Sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel a également consacré le « droit des personnes à exercer un recours juridictionnel effectif qui comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles » (6 mars 2015, n° 2014-455 QPC, AJDA 2015. 479 ; Constitutions 2015. 256, chron. O. Le Bot ; v., égal., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, AJDA 1998. 739  et 705, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 269 , note W. Sabete ). L'article L. 11 du code de justice administrative consacre quant à lui le caractère exécutoire des jugements, également attaché aux ordonnances des juges des référés (CE, sect., 5 nov. 2003, n° 259339, *Convention Vie et nature pour une écologie radicale*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2003. 2253 , chron. F. Donnat et D. Casas  et 2225, tribune P. Cassia ; RFDA 2004. 601, concl. F. Lamy ). Classiquement, pour mettre en oeuvre le caractère obligatoire et exécutoire des décisions de justice, les justiciables peuvent engager la responsabilité de l'administration en raison de son refus d'exécuter une décision juridictionnelle (CE, ass., 27 mai 1949, n° 93122, *Véron-Réville*, Lebon ). De plus, depuis les lois des 16 juillet 1980 et 8 février 1995, ils peuvent demander au juge de prononcer des injonctions et de condamner l'administration à des astreintes (G. Bardou, Pouvoir d'injonction et exécution des décisions de justice, RFDA 2015. 452 ; D. Labetoulle, De l'astreinte à l'injonction : retour sur une évolution, RFDA 2015. 456 ).







S'inscrivant dans la lignée des jurisprudences européenne et constitutionnelle, le Conseil d'Etat a jugé qu'une décision administrative qui fait obstacle à l'exécution d'une décision de justice méconnaît la liberté fondamentale que constitue le droit à un recours effectif devant un juge, en retenant « qu'il incombe aux différentes autorités administratives de prendre, dans les domaines de leurs compétences respectives, les mesures qu'implique le respect des décisions de l'autorité judiciaire ; qu'une décision administrative qui fait obstacle à l'exécution d'une décision de justice méconnaît la liberté fondamentale que constitue le droit au recours effectif devant un juge » (CE 4 mars 2010, n° 336700, *M<sup>lle</sup> S oignet, M<sup>lle</sup> B alezou*, Lebon ; AJDA 2010. 1206 , note O. Le Bot ). Comme l'indiquait le professeur Le Bot, un droit procédural prend le relais sur un droit substantiel, ce qui permet au Conseil d'Etat de sanctionner au moyen du référé-liberté, toute obstruction à l'exécution d'une décision de justice, et ce, même si aucune liberté fondamentale matérielle n'est en jeu.

L'affaire de la mosquée de Fréjus permet au Conseil d'Etat de rappeler que le droit au recours effectif est une liberté fondamentale en elle-même mais également la clé de voûte, ou plus prosaïquement, la clé à molette qui permet de garantir l'effectivité de toutes les autres libertés. Le Conseil d'Etat retient ainsi dans son ordonnance du 16 janvier 2016 que la méconnaissance du droit au recours effectif entraînait par ricochet la violation des « libertés fondamentales que cette mesure [avait] pour objet de sauvegarder ». Dans ce contexte, le Conseil d'Etat ne pouvait s'arrêter au stade de la proclamation du droit au recours mais devait prendre ses responsabilités, sauf à ce que le droit au recours effectif si solennellement proclamé ne reste platonique.

#### « ...et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste (1). »

Comme le rappelle l'affaire de la mosquée de Fréjus, malgré l'astreinte et son pouvoir d'injonction le juge administratif est parfois démuné pour contraindre un maire récalcitrant à exécuter ses décisions de justice. Néanmoins, le maire quand il agit en tant qu'agent de l'Etat est soumis au pouvoir hiérarchique, notamment celui du préfet. Or, ce dernier dispose d'un pouvoir de substitution. En effet, l'article L. 2122-34 du code général des collectivités territoriales dispose :




« Dans le cas où le maire, en tant qu'agent de l'Etat, refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le représentant de l'Etat dans le département peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial »

Ce pouvoir est néanmoins limité par le texte aux hypothèses où le maire n'exécute pas un « acte prescrit par la loi ». A cet égard, le Conseil d'Etat avait jugé à propos de l'article 85 de la loi du 5 avril 1885, aujourd'hui repris en termes identiques à l'article L. 2122-34 du CGCT (CE, sect., 10 nov. 1960, *Ducouso*, préc.), que ces dispositions ne permettaient pas au préfet de se substituer au maire pour exécuter une décision de justice. Dans cette affaire, alors que le conseil de préfecture avait annulé un refus de réintégration opposé par le maire, le Conseil d'Etat avait ainsi jugé que « le préfet n'avait pas la faculté d'user du pouvoir de substitution que lui confère cet article pour prononcer au lieu et place du maire, la réintégration du requérant dans ses fonctions ». A cet égard, le rapporteur public Nicolas Boulouis a synthétisé cette jurisprudence en considérant sans ambiguïté que « l'arrêt *Ducouso* a dénié au préfet le pouvoir de prendre sur ce fondement une mesure nécessaire à l'exécution d'une décision de justice » (concl. sur CE 18 nov. 2005, n° 271898, *Société fermière de Campoloro*, Lebon ; AJDA 2006. 137 , chron. C. Landais et F. Lenica , et 2007. 1218, étude P. Cassia ; D. 2006. 13 ; RFDA 2006. 341, note P. Bon ).

C'est cette solution orthodoxe qu'a suivie le juge des référés du tribunal administratif de Toulon en jugeant dans son ordonnance du 24 décembre 2015, que « le refus du maire de délivrer cette autorisation ne saurait être regardé comme caractérisant un refus de " faire un acte prescrit par la loi " au sens de ces dispositions, que l'article L. 2122-34 du CGCT n'a ainsi pas davantage pour objet de fonder un pouvoir de substitution du préfet en cas de refus du maire d'autoriser l'ouverture d'un bâtiment en l'occurrence la mosquée de Fréjus ».

Une telle lecture littérale de l'article L. 2122-34 précité ne manque pas d'arguments. Il est en effet acquis que le juge est bien plus que « la bouche de la loi » selon la formule consacrée de Montesquieu. Néanmoins, c'est nécessairement de la loi et notamment de l'article L. 11 du code de justice administrative, qu'une décision juridictionnelle tire son autorité. En tout état de cause, les exigences de la CEDH et du Conseil constitutionnel, conjuguées à la volonté du Conseil d'Etat d'assurer l'effectivité de ses décisions et d'être à la hauteur de son rôle de garant des libertés fondamentales interdisaient un *statu quo*. Le Conseil d'Etat a donc saisi cette affaire pour faire évoluer sa jurisprudence. C'est ainsi qu'après avoir rappelé le caractère exécutoire et obligatoire des décisions du juge des référés, le Conseil d'Etat a jugé « que les obligations qui découlent de l'exécution d'une ordonnance du juge des référés, qu'il s'agisse de la suspension de l'exécution d'une décision administrative comme de l'édition des mesures ordonnées par le juge doivent être regardées comme prescrites par la loi au sens et pour l'application des dispositions citées au point 3 de la présente ordonnance ». Il a en conséquence enjoint au préfet du Var de faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 2122-34 du CGCT pour assurer l'exécution de l'ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat du 9 novembre 2015 dans un délai de 72 heures à compter de la notification de l'ordonnance. La mosquée de Fréjus a finalement pu ouvrir.

Si les litiges où il faut en arriver à ces extrémités sont heureusement peu fréquents, l'importance de cette évolution de la jurisprudence ne doit pas être sous-estimée au regard de la multiplicité des pouvoirs du maire agissant en tant qu'agent de l'Etat. Certains sont assez consensuels (recensement démographique, légalisation de signature) ou peu utilisés (rôle d'officier de police judiciaire), mais d'autres donnent lieu à des contentieux plus fournis : délivrance des permis de chasse, des licences de débits de boissons et des permis de construire en l'absence de plan local d'urbanisme, organisation des élections, publication et exécution des lois et règlements. Désormais, en cas de carence du maire agissant au nom de l'Etat pour l'exécution d'une décision de justice et si son autorité hiérarchique refuse de s'y substituer, le requérant disposera d'un nouvel outil particulièrement efficace pour obtenir satisfaction.

Ce mécanisme d'injonction de substitution n'est certes pas la réponse ultime pour garantir le droit à un recours effectif. Il ne fonctionnera que si le préfet accepte de se plier à l'injonction faite par le juge de se substituer. De plus, il ne permettra pas de résoudre les litiges où le refus d'exécuter une décision de justice émane du maire agissant au nom de la commune, ou plus généralement, de toute collectivité territoriale. Si ces litiges qui fragilisent l'état de droit étaient amenés à se développer, rien n'interdit d'imaginer que le législateur généralise un tel mécanisme de substitution à toutes les collectivités. Car, si la libre administration des collectivités territoriales consacrée à l'article 72 de la Constitution est protégée par le Conseil constitutionnel (20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Rec. Cons. const. 14 ; D. 1994. 285 , obs. H. Maisl ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud ; LPA 1993, n° 66, p. 4, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RFDC 1993. 375, chron. L. Favoreu et autres), elle doit être conciliée avec les libertés fondamentales des autres justiciables et en particulier leur droit à un recours effectif.

**Mots clés :**

**CONTENTIEUX** \* Procédure administrative contentieuse \* Exécution des décisions de justice \* Injonction  
**COLLECTIVITE TERRITORIALE** \* Relations des collectivités avec l'Etat \* Tutelle \* Maire agissant au nom de l'Etat \* Exécution d'une décision de justice \* Substitution du préfet

[\(1\)](#) Blaise Pascal.