

N° anonymat :

N° 3 1 0 6

SESSION : CTA 2026

ÉPREUVE : Dissertation .

Nombre total d'intercalaires :  
(ne pas compter cette copie)

3

Note sur 20 :

Coefficient :

Note définitive :

Le risque.

Le risque n'est pas une notion propre au domaine juridique, ni même administratif. Pourtant, le grand écho médiatique qui a reçu la diffusion aux établissements publics de santé d'une circulaire des agences régionales de santé les incitant à prendre des mesures afin de se préparer à un risque de guerre en Europe démontre bien que la notion de risque n'est pas non plus étrangère à l'administration.

Le risque peut être défini comme la probabilité de survenance d'un événement, en général avec une connotation négative. Cette notion trouve sa place dans de nombreux domaines, allant du risque d'un traitement médicamenteux au d'une opération chirurgicale au risque de catastrophes naturelles.

Tantefois, le risque bénéficie bien d'une place particulière en droit public et dans l'action administrative. Les pouvoirs détenus par les différentes autorités publiques (Président de la République, Gouvernement, Parlement mais aussi collectivités territoriales, ou encore établissements publics) emportent tous, au vu de leur importance et du nombre de destinataires potentiellement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

vaste de leur actes, une part de risque.

Ce risque est celui d'une atteinte, parfois disproportionnée, aux droits des individus. Des exceptions classiques en droit public recouvrent également le risque d'atteinte à l'environnement, au domaine public (contaminations de grande voirie) ou encore le risque de troubles à l'ordre public, fondement des pouvoirs de police administrative. De la même manière, le risque et surtout son transfert est un élément déterminant de la commande publique, permettant la qualification des commissions de travaux ou de service.

Ainsi, puisque le risque fait partie intégrante de l'action de l'administration et des pouvoirs publics, il est nécessairement question de sa gestion. Si le risque concerne en principe le survenance de conséquences néfastes, à éviter, il est crucial de pouvoir prévenir ce risque, le prévenir, le neutraliser ou à tout le moins pallier ses effets les plus graves. Les pouvoirs publics ne sauraient causer des conséquences graves aux libertés individuelles ou à des intérêts publics sans contrôle ni éventuelle réparation. Une balance doit être opérée afin de distinguer le risque nécessaire, qui doit être accepté par les individus, et le risque superflu, ou disproportionné. L'administration doit donc en tout point opérer une balance entre les conséquences de son action et celle de son éventuelle

inaction, tout en œuvrant pour prévenir les risques qui sont extérieurs à son action. À ce titre, la mise en œuvre de l'Etat d'urgence sanitaire prévue par la loi de 1955 entre 2015 et 2017 pour faire face à la menace terroriste puis plus récemment aux troubles en Nouvelle-Calédonie, et la création d'un état d'urgence sanitaire en 2020 démontre bien que certains risques sont bien extérieurs à l'administration. Pourtant, il lui revient d'assurer la sécurité de la population.

Pourtant, dans quelle mesure le droit public et les institutions publiques parviennent-ils à appréhender la notion de risque ?

Dans un premier temps, de nombreux mécanismes, institutionnels comme juridique ont été mis en place afin de mesurer le risque et d'assurer la réparation de son éventuelle réalisation (I). Ensuite, l'action des juges, administratif comme constitutionnel, permettent en contrôle supplémentaire de la gestion du risque, tout en éprouvant des risques qui leur sont propres (II).

## I) le droit et les institutions publiques œuvrent pour une meilleure gestion du risque.

Rapidement, les pouvoirs publics ont mobilisé un certain nombre de mécanismes afin de pouvoir prévenir les risques de leur action et prévenir les risques extérieurs (A). Toutefois, certains risques se réalisent malgré les précautions : dès lors, le droit a su prendre le relais pour assurer l'indemnisation de ce risque (B).

A) Le développement d'outils institutionnels et juridiques au service d'une gestion rationalisée des risques

Le risque est protéiforme, et la manière dont l'administration le gère l'est également.

D'une part, des institutions spécifiques ont été créées afin d'assister les pouvoirs publics dans la gestion du risque. Autour du Président de la République peuvent être réunis les conseils de défense. Il en existe trois : un conseil sécuritaire, un sanitaire et un environnemental. Ces conseils restreints sont tenus pour traiter de questions précises dans le cadre de leur compétence, aidant à la prise de décisions dans des domaines sensibles. De la même manière, le Conseil économique, social et environnemental est consulté sur toutes les orientations de politiques publiques touchant à ces domaines d'action, la matière environnementale étant particulièrement susceptible de faire jouer le notion de risque. Enfin, d'autres institutions comme la Haute autorité pour la transparence de la vie publique ou le déploiement de référents égalité et laïcité permettent de prévenir des risques de discrimination ou de conflits d'intérêts notamment dans le fonction publique.

D'autre part, des régimes juridiques contraignants ont été créés pour faire face au risque. Les états d'urgence sécuritaire et sanitaire permettent tous deux au pouvoir exécutif de disposer de ~~measures~~ pouvoirs de police élargis pour faire face à des risques graves. Ces deux régimes, décrétés en conseil des ministres puis renouvelés par le loi au bout d'un mois, permettent des mesures factuellement restrictives des libertés publiques. Confinement, assignation à résidence, contrôle des communications,

tests de dépistages obligatoires : ces mesures ont provoqué un contentieux important devant les juridictions de toute nature. Le régime d'état d'urgence sanitaire, créé bien plus récemment que l'état d'urgence sanitaire, n'est pourtant pas entièrement novateur. En effet, existait depuis 2004 au code de la santé publique le régime des menaces sanitaires graves, appliqué en premier lieu ~~au~~ <sup>au</sup> début de l'épidémie de Covid-19.

Enfin, des mécanismes ont été mis en place de manière plus ponctuelle. Les polices spéciales se sont multipliées : antennes téléphoniques, comptes Linky, déchets, imminentes menaces même pour n'en citer que quelques-unes. En cela, le risque de troubles a bien étorgi le champ de la police administrative. Le développement des autorisations environnementales et des études d'impact démontrent également une protection croissante de l'environnement.

Conformément aux principes de prévention et de précaution, consacrés dans un premier temps par la loi de 1995 dite « loi Barnier » puis consacrés au niveau constitutionnel par la Charte de l'environnement, l'attention de pouvoirs publics à la prévention des risques environnementaux s'est ~~accrue~~ <sup>accrue</sup>. Le recours aux enquêtes et aux expertises permet un contrôle <sup>plus</sup> approfondi de l'action publique en la matière. Enfin, l'administration qui décide d'assurer une mission qui comporte un risque d'exploitation peut décider de le transférer à un opérateur économique par le biais d'une concession, mécanisme sécurisé pour la personne concédante.

Mais certains risques ne peuvent être empêchés. En ce cas, le droit a permis la reconnaissance de mécanismes d'indemnisation divers.

### B) la mobilisation du risque comme garantie pour les victimes

De longue date, la notion de risque a été un facteur d'indemnisation. Le juge administratif a très vite développé la notion de responsabilité sans faute pour risque. Régime de responsabilité sans faute, la victime ne doit prouver que le caractère grave et spécial de son préjudice ainsi qu'un lien de causalité avec le fait générateur, mais est déliée de toute argumentation sur la faute, voire la faute lourde.

Initialement reconnue aux employés de l'administration (CE, 1895, Camus), le régime a rapidement été étendu aux préjudices causés par des choses dangereuses (CE, 1919, Renault-Derogiers) mais aussi aux activités dangereuses menées par l'administration comme la réinsertion (CE, 1956, Thaugellier). Ce régime est également applicable aux dommages causés par ~~des~~ des ouvrages publics. Particulièrement favorable aux victimes, ce régime dénote d'une réelle prise en compte des conséquences dommageables de l'action de l'administration, alors même que cette action est par ailleurs légitime et légale. Ce régime relève de la socialisation des risques, dont l'importance s'est accrue au ~~course~~ <sup>course</sup> de la transformation de l'Etat en Etat-providence.

La notion de risque trouve aussi une grande place dans le contentieux de la carence administrative : le contentieux de l'inaction administrative porte régulièrement sur des questions de réduction des risques. A ce titre, les arrêts CE, 2020, Commune de Grande-Synthe et CE, 2020, Association des Amis de la Toue se sont particulièrement emparés de la carence en matière environnementale et de risques en cours du fait de cette carence, au regard de

l'absence de réduction des émissions de gaz à effet de serre ou d'amélioration de la qualité de l'air. Le droit permet alors de condamner l'administration au titre de sa carence, mais également de lui enjoindre à prendre les mesures nécessaires à la réduction des risques en cours.

De la même manière, d'autres contentieux accordent une importance à la notion de risque. D'une part, le contentieux des étrangers fait apparaître le notion à plusieurs égards. Le risque de traitements inhumains ou dégradés ou d'atteinte au droit à la vie fonde tant la protection conventionnelle que la protection subsidiaire, selon que l'asile est accordé au titre de l'appartenance à un groupe ou en raison de craintes propres. Les articles 2 (droit à la vie) et 3 (interdiction des traitements inhumains et dégradés)\* sont également inapplicables à l'encontre de décisions fixant le pays de destination dans le cadre du contentieux de l'éloignement. Enfin, peut toujours être éloigné un ressortissant étranger présentant un risque pour l'ordre public. Le risque est alors appréhendé au regard de l'individu mais également au regard de la société pour y remédier.

Le contentieux de la responsabilité hospitalière connaît également du risque. En effet, lors de la mise en œuvre de traitements risqués, expérimentaux ou d'opérations particulièrement risquées, le victime ne sera indemnisée que partiellement en cas de dommage, dès lors qu'elle a accepté le risque après en avoir été informée. En revanche, l'événement grave et peu probable sera indemnisé au titre de l'aléa thérapeutique, seulement par la solidarité nationale. Le risque, même faible, intervient alors au bénéfice de la victime. Il en va de même de la présomption mise en place en 2002 concernant les contaminations à l'hépatite B.

De toutes ces manières, les pouvoirs publics et le droit public coopèrent afin d'assurer une gestion vaste des risques tout en assurant la répartition des risques qui paraîtraient à se réaliser. Toutefois, afin d'assurer la bonne gestion des risques ainsi que leur prise en charge, l'intervention des juges, notamment du juge administratif, est capitale, alors au demeurant que le juge, qui participe du service public de la justice, est également régulièrement confronté à des risques.

II) La notion de risque, à la fois vécue et contrôlée par les juges.

Les juges administratifs, constitutionnels comme judiciaires, peuvent être amenés à être saisis d'actes relatifs à la gestion du risque par l'Administration. À ce titre, le contentieux qui a découlé de l'état d'urgence sanitaire a été particulièrement éclairant sur le plan de ce partage de compétences.

Dans le cadre de leur office, les juges contrôlent l'action de l'Administration, et ont développé un certain nombre d'outils contentieux afin d'assurer un contrôle extensif des risques pris par l'Administration ou de sa gestion du risque (A). En outre, dès lors que les juridictions assurent une mission de service public, elles ne sont pas exemptes de risques qui leur sont propres (B).

A) Le contrôle judiciaire assure la proportionnalité et le bon usage du risque

En parallèle du développement des techniques de prévention et de gestion du risque, le contrôle judiciaire de ces actes s'est également développé.

La mise en œuvre récente et successive d'états d'urgence a démontré l'importance du recours possible au juge mais également l'étendue de son contrôle, permettant une mise en balance efficace entre la prévention des risques (certains comme sécuritaires) et la protection des libertés individuelles. Le contrôle du juge administratif porte d'une part sur le recours au régime de l'état d'urgence et sur le refus d'y mettre fin, tant que l'état d'urgence n'est pas autorisé par la loi. Dans un tel cas, le contrôle pourra être assuré par le juge constitutionnel, soit tant sur le fondement de l'article 61 de la Constitution que sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution qui prévoit le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. D'autres<sup>not</sup> sont contrôlées les mesures prises au titre des états d'urgence, et ce de manière approfondie. En effet, en matière de police administrative, le juge procède à un contrôle non pas de la seule adéquation de la mesure (CE, 1933, Benjamin) mais bien de la proportionnalité au sens du triple test issu de la jurisprudence et doctrine allemande (CE, 2011, Association Promotion de l'Image). Ainsi, le Conseil d'Etat a censuré l'interdiction de sorties des personnes en établissements de type AFPAO (CE, 2021) ou encore l'interdiction de rassemblement dans les lieux de culte alors qu'ils avaient pu être autorisés dans d'autres lieux (CE, 2021).

Le juge constitutionnel a pu censurer l'obligation de présentation d'un « pass vaccinal » à l'entrée des rassemblements politiques ou encore la prolongation automatique des détentions provisoires lors de la pandémie. L'ensemble de ces mesures était - disproportionné au regard de l'objectif de réduction des risques poursuivis.

L'abandon de l'exigence d'une faute lourde a également été un facteur de contrôle de la gestion des risques par les pouvoirs publics. Lorsque l'administration n'agit pas, ou que son action présente un risque trop grand à l'égard des personnes, sa responsabilité peut être engagée par faute simple. C'est le cas lorsque un risque sérieux de trouble à l'ordre public existe et que l'administration n'agit pas pour y remédier (CE, 2003, Commune de Noirey - Cramayel). C'est également le cas pour les assignations à résidence (CE, 2015, Domoyrand) et les perquisitions (CE, 2016, Napol), <sup>assignations</sup> qui relèvent en revanche du contrôle du juge judiciaire lorsque leur durée dépasse douze heures par jour, auquel cas elles emportent privation de liberté. Ces évolutions contentieuses démontrent que lorsque des mesures lourdes sont prises dans le cadre d'une gestion des risques, le juge contrôle que l'administration ne recourt à ces mesures que lorsque cela est strictement nécessaire, opérant une mise en balance fine entre la réduction des risques et la préservation des libertés individuelles.

Concernant la gestion des risques dans le cadre de la commande publique, le juge administratif se montre également particulièrement vigilant. Le notion de risque caractéristique de la concession. Or, la qualification de concession expose l'applicateur d'en régime de responsabilité spécifique. Ainsi, le juge administratif contrôle qu'un risque est bien transféré à l'opérateur économique, sans quoi le contrat sera requalifié en marché public.

En miroir, une ~~cess~~ autorisation d'occupation domaniale ou l'octroi d'une subvention dont la mise en œuvre emporte, en pratique, le transfert d'un risque, sera qualifié en contrat de concession, ayant pour conséquence l'application de toutes les règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence.

Par ces évolutions de son office le juge a permis de contrôler efficacement l'extension et l'approfondissement des mesures prises par les personnes publiques en vue de lutter contre des menaces, de réduire des risques. Toutefois, sa mission ne s'y limite pas, dès lors qu'il doit lui-même faire face à des risques.

### B) les risques propres à la fonction de juger.

Le plus grand risque que court un juge est celui de voir son impartialité mise en cause. Composante du droit à un procès équitable (article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme), l'impartialité fait partie des principes fondamentaux de la fonction de juger (cet élément fait notamment partie du serment prêté par les membres du Conseil d'Etat et des ~~tribunaux~~ cours administratives d'appel).

Un certain nombre de garanties ont ainsi été mises en place pour garantir cette impartialité. Lorsque l'impartialité d'un magistrat administratif est mise en cause, il peut se déporter, être révoqué à la demande d'une partie. La juridiction peut également choisir de déporter l'affaire vers une juridiction de même nature, et la juridiction supérieure peut être saisie d'une demande de renvoi pour cause de suspicion légitime. La notion de théorie des apparences est clairement développée par la Cour européenne

des droits de l'homme, elle signifie que le juge doit être impartial mais doit avoir l'air impartial aux yeux des parties (selon l'adage justice must not only be done, it must be seen to be done). Ainsi, un magistrat ne pourra siéger sur une affaire qui traite d'acte d'une administration qu'il vient de quitter, ni qu'il s'appuie à réintégrer. Ainsi, le juge prévient les risques de manquement à l'impartialité, ce qui entraînerait automatiquement l'annulation du jugement.

En outre, le juge, qui ne statue pas en opportunité, peut cependant prendre en compte les conséquences de son jugement sur le contentieux de manière plus globale.

Lors de la reconnaissance d'un nouveau régime de responsabilité, de l'ouverture du prétoire par le juge administratif, ou la reconnaissance d'un nouveau droit au principe à valeur constitutionnel par le Conseil constitutionnel, le juge considère les effets ultérieurs de sa jurisprudence et apprécie l'opportunité d'une telle ouverture, en général au regard des obligations que cela peut faire peser sur l'administration mais également au regard du risque contentieux que cela peut entraîner et donc de la pression contentieuse à la charge de la juridiction. Cette prise en compte du risque est formalisée par les conclusions du commissaire du Gouvernement Gazier sous CE 1950, Dehaene, qui, tout en reconnaissant que les fonctionnaires puissent disposer du droit de grève, met en garde la formation de jugement contre le risque d'un « Etat à l'éclipse ».

Les conclusions de rapporteurs publics (concernant le commissaire du Gouvernement) sont alors éclairantes quand aux risques que la juridiction choisit ou ne choisit pas de prendre lors de l'adoption de décisions de principe au lors de revirement de jurisprudence, comme c'était le cas dans l'affaire Dehaene.

In fine, les pouvoirs publics sont parvenus à se  
débarrasser de la prévision des risques extérieurs et inhérents  
à leur action, tout en permettant la réparation efficace  
de la réalisation des risques. Les juridictions ont su  
développer à leur tour des outils de gestion et des  
outils contentieux efficaces afin d'exercer un contrôle précis  
de l'administration et de la protection des libertés et  
droits fondamentaux des individus, tout en laissant  
une marge de manœuvre aux pouvoirs publics afin de  
protéger l'ordre public et les individus. De même,  
les juridictions appréhendent avec efficacité les risques  
qui leur sont propres.

\* de la convention européenne de sauvegarde de  
droits de l'Homme et des libertés fondamentales.