

LE JUGE ADMINISTRATIF, LA PROCEDURE ET LE TEMPS

Il est de lieu commun de dire que la justice est trop lente, et notamment la Justice administrative. Chacun sait par exemple en matière de police, que le décalage temporel entre l'exécution de la mesure de police et son éventuelle annulation, même si celle-ci est rétroactive, ne permet souvent qu'un simple constat moral de l'illégalité : le conférencier Benjamin, qui devait prononcer une conférence à Nevers à une époque déterminée, dans le cadre d'une tournée de conférences, ne put jamais faire en temps utile ladite conférence, bien que l'interdiction en ait été jugée illégale. Les propriétaires de la salle de bal, fermée illégalement en 1983 par le maire de Breuches lès Luxeuil, ont-ils pu "tenir" plus de quatre ans sans exploiter leur salle, et reprendre à partir de 1987 - année de l'annulation par le Conseil d'Etat du jugement du tribunal administratif de Besançon - cette exploitation? Plus significatif encore l'exemple de Monsieur Maes, décédé en cours de procédure, et dont seule l'épouse put apprendre l'annulation du refus illégal à lui opposé d'importer une voiturette dans l'île d'Houat, près de dix ans plus tard¹.

Une autre évidence par contre est d'affirmer qu'il faut juger vite. Le succès actuel des procédures d'urgence, au sens strict dans le domaine des référés comme lato sensu dans celui des sursis à exécution en est démonstration. Les récentes, mais déjà peut-être dépassées², modifications apportées par loi du 8 février 1995, donneront peut-être à l'avenir plus d'efficacité au contrôle juridictionnel : si la création d'une faculté de décision de "suspension provisoire" pour une durée limitée³ ne modifie guère le problème du délai offert au juge pour statuer, si le refus jurisprudentiel de l'élargissement du "sursis en quarante-huit heures" au bénéfice des administrés⁴ ne paraît pas, en matière de police

¹ Jurisprudences "Benjamin" (CE 19/5/33 R. 451), "Michel et Francis Guyot" (CE 26/7/87, AJDA 87 689) et "Madame Maes», CE 10/12/93 Madame MAES (Cette Revue 94, 819 note Manuel GROS):

² Le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, adopté par le Sénat est déposé à l'Assemblée Nationale.

³ L'article L 10 nouveau du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel permet cette décision de suspension provisoire pour trois mois lorsque "cette exécution risque d'entraîner des conséquences irréversibles et que la requête comporte un moyen sérieux". Le projet de loi actuellement en examen abroge l'article 10 mais fusionne l'ancienne « suspension provisoire » et le sursis à exécution en une possibilité de « suspension de l'exécution » par le juge des référés (article 3 du projet).

⁴La procédure accélérée réservée au Préfet à l'encontre de certains actes des collectivités attentatoires aux libertés, par l'article 3 de la loi 82-213 du 2 mars 1982, avait semblé ouverte aux administrés, à l'encontre des actes des communes, par l'article L 27 nouveau du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, "lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle. Par une Ordonnance du Président de la section du Contentieux du 8 juin 1995 - Hoarau, (R.232), la Haute Assemblée a refusé cette interprétation. L'actuel projet de loi (article 4) prévoit un « sursis-liberté » en cas d'atteinte « grave et manifestement illégale » permettant d'ordonner « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde de cette liberté », mais n'assortit la décision du juge d'aucun délai.

notamment, de nature à atténuer la limite liée à la lenteur relative du juge⁵, certaines dispositions réglementaires, comme le décret du 29 mai 1997⁶, ont donné au juge certaines « facilités » de juger plus vite, par la possibilité de clôture rapide de l'instruction, la limitation des mémoires, le désistement constaté d'office.

Certes une grave erreur serait d'oublier que le temps profite toujours au défendeur. C'est aussi une autre évidence que de constater que dans tout procès, pour l'une des parties, le temps est ennemi (le requérant-administré) alors que pour l'autre (le défendeur-Administration) il est allié objectif, et qu'une Justice trop lente favorise, à raison du privilège du préalable, le défendeur.

Mais paradoxalement, comme nous le verrons, juger trop vite favorise également le plus souvent le même défendeur.

Notre propos sera de considérer que si juger trop lentement est nécessairement critiquable, juger trop vite peut parfois l'être tout autant, car l'objectif majeur du juge doit être de juger bien.

L'efficacité volontairement refusée par le juge administratif à certaines procédures d'urgence comme le référé précontractuel (I) ne doit pas cacher l'extrême pouvoir qu'il tient des textes récents d'accélérer le procès (II). Combinées à une propension, voire une obsession de désencombrer le prétoire (III), ces facultés prétoriques peuvent confiner- par une sorte de comble - au détournement de procédure juridictionnelle, et suscitent l'interrogation..

I- LE REFUS JURISPRUDENTIEL DE DONNER EFFICIENCE AU REFERE PRECONTRACTUEL.

Destinées à transposer en droit interne les règles de la directive communautaire du 21 décembre 1989, dite directive « recours »⁷, les dispositions de l'actuel article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont été fixées par la loi du 4 janvier 1992⁸, modifiée par la

⁵ Mais pour reprendre les exemples jurisprudentiels précédents, le conférencier Benjamin, à supposer que le sursis à exécution en matière d'ordre public ait existé à l'époque et même qu'il ait pu être octroyé en quarante-huit heures, n'aurait peut-être pas pu de toute façon prononcer sa conférence (programmes des salles, emploi du temps du conférencier..). De même, les propriétaires de la salle de bal de Breuches lès Luxeuil n'auraient pas obtenu de sursis à exécution, puisque leur préjudice était pécuniairement réparable. Enfin, Monsieur Maes, attaquant une mesure négative était voué à un rejet de sa demande de sursis à exécution.

⁶ Décret 97-563 du 29 mai 1997, relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions et modifiant le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel(J.O 31 mai 1997)..

⁷ Directive 89/866 C.E.E du 21 décembre 1989, transposée en droit français par le décret du 18 septembre 1990 et la loi du 3 janvier 1991.

⁸ Loi 92-10 du 4 janvier 1992.

loi « Sapin » du 29 janvier 1993⁹.

Elles procèdent d'une idée contentieuse formidable: celle de permettre un réel contrôle efficace de légalité de la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public. En effet, avant le référé précontractuel, le contentieux de la passation n'avait - sauf rares cas de contrats à longue durée d'exécution ou d'instruction particulièrement rapide - qu'un sens indemnitaire, permettant au concurrent illégalement lésé ou écarté d'obtenir réparation, mais jamais de suspendre, empêcher ou annuler efficacement une conclusion illicite.

Dans ces conditions, l'institution d'une procédure permettant au « ...président du tribunal administratif ou son délégué (d'être) saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés et des conventions de délégation de service public. » constituait nécessairement une avancée dans les moyens d'assurer le respect du principe de légalité dans la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public.

Il était évident que pour être précontractuel, le référé ainsi institué devait pouvoir être exercé avant la conclusion du contrat. Comme l'écrit M. René CHAPUS « C'est son caractère préventif qui donne au référé en cause une raison d'être. »¹⁰

Mais le texte de l'article L 22, s'il permet l'action avant la conclusion n'en fait à notre sens pas une obligation, ni surtout une condition de recevabilité : « Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat ». L'utilisation du verbe « peut » en fait nécessairement une simple faculté pour le requérant. Une logique interprétative élémentaire aurait pu également faire penser que la faculté de saisir avant la conclusion s'expliquait par la volonté d'instituer un recours efficient en cas de violation flagrante (atteinte au règle de concurrence ou de publicité) du code des marchés publics ou des règles en matière de délégation de service public. Efficient parce que susceptible d'être exercé en amont de la signature, mais a fortiori - qui pouvant le plus pouvant le moins - après celle-ci.

Pour autant, contre une petite partie de la doctrine¹¹, la Haute Assemblée choisit de réduire la portée du texte en n'admettant pas la recevabilité du référé précontractuel après la conclusion du contrat¹², cette solution étant d'ailleurs très vite considérée comme règle évidente¹³.

⁹ Loi 93-122 du 29 janvier 1993, articles 50-I à 50-III, modifiée par l'article 8 de la loi 93-1420 du 31 décembre 1993.

¹⁰ CHAPUS - Droit du contentieux administratif, 4ème édition, p. 961

¹¹ P. Soler-Couteaux, Répertoire Dalloz communautaire, v. Marchés publics, ou encore P. Terneyre et D. de Béchillon, Répertoire Dalloz Contentieux administratif, v. Contentieux.

¹² Conseil d'Etat 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'Industrie de Tarbes, C.J.E.G 1996, page 67, concl. Chantepy, 17 janvier 1996, S.A Atelier Mériguët Carrère, requête. 162201, 31 janvier 1996, Société Piani et société Chamard, requête 162 495.

¹³ "Après la conclusion du contrat, il paraît acquis qu'il ne peut être demandé au juge administratif d'exercer les pouvoirs exceptionnels que lui confère l'article L 22. Seul est alors concevable le recours habituel."(CHABANOL, Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel - LE MONITEUR 1993, p. 283).

Bien que discutable, le principe d'une procédure de référé réservée à une phase précontractuelle laissant au juge du contrat le soin de régler le contentieux contractuel proprement dit, allait être aggravé dans sa portée par la façon dont le Conseil d'Etat allait fixer la date à retenir dans l'expression « avant la conclusion du contrat ». Ainsi, la date à retenir n'est pas celle de la notification du marché, voire mieux encore de la décision d'approbation si celle-ci était nécessaire- mais celle de la signature du contrat¹⁴, souvent antérieure de plusieurs jours aux deux précédentes. Le fait que le contrat ne soit ni exécutoire ni exécuté est sans incidence et les requérants ne peuvent « utilement se prévaloir du caractère non exécutoire du contrat. »¹⁵ Là encore, une incompréhensible volonté de limiter l'efficacité de la procédure d'urgence semble inspirer le juge administratif. Toujours dans le même esprit restrictif, une jurisprudence discutable mais constante considère comme sans objet le pourvoi en cassation contre l'ordonnance rejetant la requête en référé si entre temps le contrat a été signé¹⁶.

On mesurera l'hypocrisie de cette jurisprudence « restrictive », selon l'expression même du Commissaire du Gouvernement Chantepy¹⁷ en combinant cette interprétation de l'article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et l'exigence de l'article R 241-21 du même code selon laquelle le requérant doit « ...demander préalablement à la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats et marchés mentionnés audit article de s'y conformer. ». Ainsi l'on doit expressément prévenir l'administration intéressée que l'on exerce un référé précontractuel et la jurisprudence permet à cette autorité prévenue de lui retirer toute recevabilité par la simple signature du contrat !

Dans ces conditions le référé précontractuel n'a plus aucune efficacité pratique, puisque comme le relevait opportunément un auteur « L'administration est donc avertie sans détours des desseins du candidat malheureux et va se dépêcher de signer le marché ou la convention de délégation de service public rendant sans objet le dépôt de la requête »¹⁸.

Or il y avait pourtant un argument juridique de première importance à faire valoir dans la défense d'une recevabilité - même après signature du contrat - de la procédure du référé précontractuel dans le droit communautaire des marchés publics et des délégations de service public.

¹⁴ Conseil d'Etat 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'Industrie de Tarbes, précité.

¹⁵ Conseil d'Etat, 29 novembre 1996, Société sablière et gravière guyanaise, requête n°162548.

¹⁶ Conseil d'Etat 3 novembre 1995, Société Sténophon 152650, 26 février 1996, S.A entreprise Dezellus Constructions requête n°160837, 25 mars 1996, S.A Socram et Société Pronergies, requête n°160873, 3 juin 1996, société SNT, société Bouygues, requête n°154731.

¹⁷ Conclusions sur Conseil d'Etat 3 novembre 1995, Chambre de commerce et d'Industrie de Tarbes, C.J.E.G 1996, page 67.

¹⁸ Bernard POUJADE, Le référé précontractuel, un premier bilan, Petites Affiches 14 mai 1997, page 17.

En effet la directive recours du 21 décembre 1989 et celle du 25 février 1992¹⁹ exigent en substance que le droit national permette la sanction efficace et rapide des manquements au droit communautaire dans la passation des marchés publics, indépendamment du fait que le marché ait été ou non signé. Sachant que le référé précontractuel français lui-même trouve son origine dans des exigences communautaires et que le principe de primauté du droit communautaire sur le droit national s'impose aujourd'hui de façon indiscutée²⁰, l'on pouvait penser que le moyen tiré de la violation conduirait le juge administratif français à admettre la recevabilité après signature de la procédure d'urgence au moins au nom du respect de l'exigence communautaire. Il n'en fut rien et le tribunal administratif de Lille, dans un jugement remarqué parce que terriblement explicite²¹, rejeta un moyen tiré de l'incompatibilité de la loi française de procédure avec les directives communautaires : « ...il résulte des normes communautaires susrappelées (...) que si le législateur communautaire a consacré une obligation d'organiser au niveau national des recours efficaces et aussi rapides que possibles contre les décisions ayant violé le droit communautaire en matière de passation des marchés ou règles nationales transposant ce droit, il a entendu parallèlement préserver le principe de la sécurité juridique et prendre ne compte la diversité des droits nationaux ; qu'en particulier les Etats membres de la communauté européenne conservent la faculté de décider des effets d'un recours sur un contrat déjà conclu, et de limiter ces effets à la seule allocation de dommages-intérêts à la personne lésée. ». Cette position aussi contraire à l'exigence communautaire d'effectivité des recours nous paraît dépasser la seule jurisprudence du tribunal administratif de Lille et révéler une position claire de l'ensemble de l'ordre juridictionnel administratif français !

Face à cet excès de formalisme à fin de priver de toute efficacité d'une procédure, la Haute Assemblée concède cependant quelques facilités de pure forme aux requérants, comme en matière de preuve de la signature du contrat : si celle-ci n'apparaît dans les pièces du dossier, le juge du référé n'a pas à ordonner de supplément d'instruction pour en vérifier l'existence.²²

En ce domaine de la recevabilité du référé précontractuel, le juge administratif aura donc laissé peu de chances aux requérants, principaux bénéficiaires pourtant en théorie de ce remarquable moyen de faire respecter le droit des marchés publics et des délégations de service public .

Il appartiendra peut-être au législateur d'imposer au juge de donner un contenu réel au référé précontractuel. En effet l'actuel projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives précise que le juge pourra, dès sa saisine, « enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours »²³. Solution définitive bien que facultative pour le juge, cette possibilité n'est pas encore du droit positif.

¹⁹ Directive du Conseil n°89/866/C.E.E et 92/13/C.E.E.

²⁰ CJCE 15 juillet 1964, Costa / Enel, Aff. 6/64 (R. 1141) et ses nombreuses extensions aux différentes normes de droit communautaire.

²¹ T.A Lille 10 janvier 1997, S.A Biwater, cité par Bernard POUJADE, Le référé précontractuel, un premier bilan, précité.

²² Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Commune de Léognan, D.A n° 354.

²³ Article 10 du projet modifiant les articles L 22 et L 23 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

II-DES MOYENS DISCRETIONNAIRES DE JUGER VITE.

Le juge utilisait déjà la notion de temps associée à l'examen de fond dans l'appréciation jurisprudentielle faite du moyen « sérieux » dans le cadre des sursis à exécution, mais il a récemment eu à sa disposition des possibilités nouvelles de limiter la durée des procédures.

Comme on le sait, les conditions d'octroi du sursis à exécution, à l'origine purement jurisprudentielles, sont fixées désormais par un texte²⁴, le sursis à exécution étant susceptible d'être accordé si «...l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables, et si les moyens énoncés dans la requête, paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée. »²⁵ Toutefois ces deux conditions sont dans leur appréciation, à totale discrétion du juge. Si l'appréciation du caractère difficile des conséquences échappe à la présente étude en ce que le facteur temps lui est étranger, en revanche la notion de moyen « sérieux » en est dépendante.

En effet, tel quel, le texte paraît assez mal rédigé : l'expression « de nature à justifier l'annulation » ne résiste a priori pas à l'analyse. Si elle signifiait que le moyen sérieux est le moyen « fondé », elle pourrait avoir pour conséquence de substituer la procédure de sursis à exécution à la procédure au fond en excès de pouvoir, et il est certain que telle n'était pas l'intention du législateur. Si au contraire « sérieux » s'opposait à « non sérieux », cela entraînerait l'octroi systématique de sursis à exécution à toute requête ... non fantaisiste !

En réalité, l'interprétation jurisprudentielle est entre les deux et incorpore la donnée essentielle du temps. Comme l'exprima si bien le Commissaire du Gouvernement Laurent²⁶ «...Au sens de votre jurisprudence, n'ont le caractère sérieux ainsi requis, que les seuls moyens qui donnent aux conclusions de la requête, dès le premier examen, les plus solide chances de succès. » En fait, pour le Commissaire du Gouvernement Laurent, le moyen « sérieux » est le moyen apparaissant fondé au premier examen et sans qu'il soit besoin d'épuiser la procédure contradictoire. C'est en ce sens que le texte évoque une apparence²⁷ de sérieux, c'est-à-dire étant de nature, à un moment précis, « l'état de l'instruction », à justifier l'annulation.

²⁴ Article 54 alinéa 2 du décret du 30 juillet 1963, applicable par extension aux tribunaux administratifs, et actuel R 125 alinéa 2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

²⁵ R 125 alinéa 2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

²⁶ Conclusions sur Conseil d'Etat 19 Janvier 1955, Association syndicale des propriétaires de la villa Montmorency, A.J 56.II.66.

²⁷ « paraissent ... »(R 125 alinéa 2 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel)

Le projet de réforme du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sur ce point, s'il ajoute la notion de « doute »²⁸, ne modifie rien dans les rapports de la solution en matière de sursis (de suspension) avec le temps de l'instruction.

L'élément clef est donc celui du temps, dont on peut penser qu'il variera selon la procédure en cause, sursis à exécution (quelques mois d'instruction), référés (quelques jours), déférés préfectoraux et peut-être à l'avenir référés en matière de libertés publiques²⁹ (quelques heures). La modification éventuelle par fusion des différents sursis en « suspension » dans le projet de réforme laissera en fait au juge encore plus de latitude quant à la durée précise du concept « d'état de l'instruction ». Par opposition le moyen « fondé » suppose une instruction complète, qui justifiera l'annulation de l'acte et non son seul sursis à exécution.

Pourtant, le sursis à exécution d'un acte est souvent l'annonce de son annulation, et les différentes procédures de sursis ont incontestablement - à tout le moins dans les cas d'illégalités flagrantes - permis d'accélérer la procédure administrative.

Le juge possède donc depuis un certain temps la faculté de réduire la durée de certaines procédures, et ce en toute discrétion, puisque le sursis à exécution est on le sait, une simple faculté pour le juge³⁰.

Or des dispositions textuelles récentes sont venues élargir cette possibilité d'accélération de la procédure.

Le décret du 29 mai 1997³¹ est venu modifier le fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, notamment en matière de procédure.

L'esprit de ce texte était d'assouplir les règles de fonctionnement des juridictions administratives, notamment dans la lutte contre l'encombrement du prétoire et l'accélération des procédures.

Un certain nombre de modifications et d'adjonctions au code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel furent ainsi apportées à ce dernier par ce texte, par ailleurs attaqué par une grande partie de la profession des avocats³². La Haute Assemblée, dans un arrêt naturellement remarqué, rejeta en

²⁸ article 3 prévoyant un « moyen propre à créer en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. ».

²⁹ Cf. article 4 du projet de loi qui dispose que « Lorsqu'une atteinte grave et manifestement illégale est portée à une liberté fondamentale (...) le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence peut ordonner toute mesure nécessaires à la sauvegarde de cette liberté, sans préjudice de la compétence reconnue aux juridictions de l'ordre judiciaire en matière de voie de fait. »

³⁰ Conseil d'Etat Ass., 13 février 1976, Association du quartier Notre Dame à Versailles, Cette revue 1976.303, note Roland Drago.

³¹ Décret 97-563 du 29 mai 1997, précité.

³² Le décret fut attaqué par le Syndicat des avocats de France, l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, le Conseil National des barreaux, l'association des avocats spécialisés en droit administratif et fiscal, un avocat à titre personnel, et un certain nombre de justiciables ainsi que l'union des fédérations C.F.D.T des fonctions publiques par demande de jonction.

bloc tous les griefs portés à ce décret³³. Certains points mettaient en opposition l'exigence de rapidité, le temps, et le principe du contradictoire.

Un premier aspect de la réforme concernait le problème de la communication des écritures. L'ancien texte prévoyait la communication systématique de chaque mémoire ou observation³⁴. Le décret modifie cette obligation de « tout communiqué » : si les premières écritures de chaque partie³⁵ sont désormais communiquées - et de façon obligatoire - par voie recommandée, les autres écritures ne le seront - toujours à l'appréciation du juge - que « s'ils contiennent des éléments nouveaux »³⁶. Cette nouvelle facilité donnée au juge de limiter les communications d'écritures pourrait paraître contraire au respect du principe du contradictoire, comme le relevaient les requérants à l'encontre du décret. Ce texte n'est en fait que l'institutionnalisation d'une jurisprudence bien établie³⁷. Suivant son Commissaire du Gouvernement³⁸ qui estimait que les écritures non communiquées seraient celles n'apportant aucun élément nouveau et ayant donc nécessairement déjà fait l'objet du contradictoire, le Conseil d'Etat rejeta le recours contre cet article³⁹. Si le réalisme conduit à devoir accepter la réforme du décret sur ce point au nom de l'accélération des procès, le même réalisme conduit à certaines craintes : la pratique ne sera-t-elle pas - comme déjà dans certaines procédures d'urgence⁴⁰ - d'arrêter délibérément toute communication au bout du premier jeu d'écritures ? L'existence - positive a priori - d'une obligation d'adresser les écritures obligatoirement communiquées par voie recommandée, ne risque-t-elle pas de permettre au juge de « se couvrir » lorsqu'il aura cessé de communiquer les écritures, par l'administration de la preuve du premier envoi. Sans préjuger du jugement des juges sur le caractère « nouveau » des éléments communiqués, l'inquiétude des requérants, praticiens du juge administratif, était légitime.

³³ Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France et autres, A.J.D.A 98. 1010, concl. Schwartz.

³⁴ Le texte ancien du R 138 comprenait un alinéa unique disposant que « les mémoires complémentaires, les mémoires ou observations en défense, les répliques, et autres mémoires ou observations ainsi que les pièces qui y sont jointes éventuellement sont déposés au greffe et communiqués dans les mêmes conditions que celles qui sont prévues pour les requêtes. »

³⁵ « La requête, le mémoire complémentaire annonce dans la requête et le premier mémoire de chaque défendeur » (article R. 138 alinéa 2).

³⁶ Article R 138 alinéa 3 nouveau.

³⁷ Conseil d'Etat 24 décembre 1934, Verdier, R. 1083, 24 février 1967, Gonthier, R. 92, 13 janvier 1988, Abina, R. 6, 13 juin 1994, Commune de Saint Maurice sur Dargoire, R. tabl. 1237.

³⁸ Conclusions précitées sous Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France et autres, A.J.D.A 98. 1010.

³⁹ « ...que ne sont toutefois soumis à une telle exigence les répliques et autres mémoires observations ou pièces par lesquels les parties se bornent à réitérer des éléments de fait ou de droit qu'elles ont antérieurement fait valoir au cours de la procédure. » (arrêt du 29 juillet 1998, précité).

⁴⁰ Notamment dans les référés, mais aussi parfois par extension dans les sursis à exécution.

On ajoutera que la Haute Assemblée laisse passer - contrairement à sa propre jurisprudence, lui faisant obligation de produire toute pièce ayant une incidence sur le litige⁴¹- l'extension de la faculté appréciation prétorienne de communicabilité aux pièces produites, alors que la jurisprudence internationale ne semble pas le permettre⁴².

Un autre élément de la procédure est au centre des préoccupations de temps dans la question de la clôture de l'instruction.

Jusqu'à l'intervention du décret du 29 mai 1997, la clôture de l'instruction était une faculté pour le juge et à défaut, il y avait clôture de l'instruction de fait, au commencement de l'audience en cas d'absence des parties, et même pendant l'audience si celles-ci étaient présentes ou représentées⁴³. De nombreuses pratiques, tant de la part des requérants que des administrations défenderesses, conduisaient au dépôt d'écritures importantes le jour même de l'audience, avec souvent remise en main propre au début de celle-ci, laissant à la partie victime du procédé le choix entre une simple réponse verbale et non réfléchie et la faculté de demander le renvoi. Celui-ci était d'ailleurs à la discrétion du Président de la formation de jugement, qui le plus souvent faisait persister la mise à l'audience, indiquant que si l'écriture en cause apportait des éléments nouveaux, soit il n'en serait pas tenu compte, soit il y aurait réouverture de l'instruction, ce qui en pratique se révélait rarissime. Il résultait de cette combinaison des textes et des pratiques une violation de l'esprit de la procédure écrite devant la juridiction administrative.

Le nouveau texte opère intelligemment, en cas d'abstention du Président de formation de jugement, une clôture automatique de l'instruction, mais cette fois avant l'audience et non au cours de celle-ci⁴⁴. Il n'a toutefois pas supprimé les pratiques anciennes, puisqu'en cas de mémoires déposés dans la période des trois jours francs, les chefs de juridiction prononcent le plus souvent une réouverture d'instruction ad hoc, pour communication et réponse de la partie adverse. Le décret conserve donc intact le pouvoir d'appréciation du juge. Plus encore, il a permis au présidents de formation de jugement, dès l'enregistrement de la requête et la désignation du rapporteur, de fixer une date de clôture de l'instruction⁴⁵.

⁴¹ Conseil d'Etat 26 mars 1976, Conseil régional de l'ordre des pharmaciens d'Aquitaine, R. 182.

⁴² Le Commissaire du Gouvernement Schwartz relève dans ses conclusions (préc.) que cette faculté étendue aux pièces « pourrait être écartée par une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui semblerait faire une obligation de tout communiqué (CEDH 18 février 1997, Nideröst-Huber/Suisse) ».

⁴³ L'ancien article R 155 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel disposait en effet que « ... l'instruction est close soit après que les parties ou leurs mandataires ou défenseurs ont formulé leurs observations orales, soit, si ces parties sont absentes et ne sont pas représentées, après appel de leur affaire à l'audience. »

⁴⁴ Le nouvel article R 155 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel précise que « Si le Président de la formation de jugement n'a pas pris une ordonnance de clôture, l'instruction est close trois jours francs avant la date de l'audience prévu à l'article R 193. »

⁴⁵ Les articles 7-V et 7-VI du décret modifient les articles R 142 et R 147 en précisant que « Lorsque les circonstances de l'affaire le justifient et notamment en cas de conclusions à fin de sursis à exécution de la décision attaquée, le Président de la formation de jugement peut, (...) dès l'enregistrement de la requête, faire usage du pouvoir prévu au premier alinéa de l'article R 154 de fixer la date à laquelle l'instruction sera close. »

Le texte laisse cette faculté de fixation totalement libre (« Lorsque les circonstances de l'affaire le justifient »), tout en suggérant une hypothèse privilégiée du sursis à exécution⁴⁶ (« ...et notamment en cas de conclusions à fin de sursis à exécution de la décision attaquée »⁴⁷).

Ces dispositions, dans le cadre de la contestation globale du décret, furent jugées parfaitement conformes aux « stipulations de l'article 6 de la Convention européenne (...) » comme au « principe du respect des droits de la défense » et même non entachées d'erreur manifeste », car elles « permettent au juge compétent de prendre des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service public de la Justice »⁴⁸, suivant en cela le Commissaire du Gouvernement devant la Haute Assemblée qui ne voyait pas comment « cette mesure, qui a pour objet d'organiser la procédure et d'accélérer le traitement des affaires par la fixation de la date de clôture de l'instruction ab initio, pourrait dispenser les juridictions du respect du contradictoire. »⁴⁹.

On ne peut en effet qu'adhérer à la clarté d'une date - annoncée dès la requête - de clôture d'instruction.

Toutefois force est de constater que tous ces moyens « d'accélérer le traitement des affaires », selon l'expression même du Commissaire du Gouvernement Schwartz, ou de « permettre le bon fonctionnement du service public de la Justice », selon les termes mêmes du Conseil d'Etat, sont à la totale discrétion du juge, et non dans sa formation collégiale de jugement mais sous l'autorité souveraine des Présidents de formation de jugement.

C'est donc le juge qui fixe les limites réciproques et antagonistes du principe du contradictoire et de la rapidité de la procédure. L'on peut se demander à travers un exemple, celui du « désistement automatique », si cela n'est pas sans risque ?

III- UN RISQUE D'OBSESSION DE DESEMCOMBEMENT : L'EXEMPLE DU DESISTEMENT AUTOMATIQUE.

Afin toujours de désencombrer le prétoire, l'article 5-I, du décret du 29 mai 1997 insérait un article R 122-1 au code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et instituait un désistement automatique de l'action au fond lorsque la demande incidente de sursis à exécution avait été rejetée pour absence de moyen sérieux et que le requérant n'avait pas persisté expressément dans son

action au fond après un délai de deux mois⁵⁰.

⁴⁶ R 142 nouveau pour les tribunaux administratifs et R 147 pour les cours administratives d'appel..

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France et autres, précité.

⁴⁹ Conclusions Schwartz sur Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France et autres, précité.

Devant la Haute Assemblée, les adversaires de ce décret invoquaient la contrariété de cet article à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit d'accès au juge. L'idée étant que le justiciable peut croire à tort qu'un rejet un sursis à exécution équivaut à un rejet au fond et que de ce fait il n'utilise pas - par silence - son droit à épuiser le dossier au fond. Or, comme on le rappelait, le sursis à exécution n'est jugé - et notamment le caractère « sérieux » des moyens- qu'en l'état de l'instruction et un moyen sérieux n'est pas un moyen fondé, car il n'a pas été totalement passé au crible de instruction complète et du débat contradictoire poussé à l'extrême.

Le Commissaire du Gouvernement Schwartz⁵¹ estimait que « ...averti des conséquences d'une non confirmation, le requérant (...) aura été clairement informé et son choix sera dépourvu d'ambiguïté au sens même de la jurisprudence⁵² de la Cour européenne des droits de l'homme ». Le Conseil d'Etat jugea que «...cette disposition a pour seul objet d'inviter l'auteur d'une requête (...) à confirmer par écrit qu'il maintient sa demande à fin d'annulation, que le désistement prévu ne pouvant être prononcé qu'à la condition que la notification du rejet des conclusions à fin de sursis comporte expressément l'indication des conséquences pouvant résulter pour le requérant en l'absence de confirmation de ses conclusions à fin d'annulation » et que par voie de conséquence elle n'était contraire ni au « principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel » ni à « l'article 6 de la Convention européenne ».

Précisément, comme on le verra, la notification expresse des conséquences du rejet du sursis à exécution aurait du être la garantie de la parfaite efficacité et liceité du nouvel article R 122-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Toutefois la combinaison d'autres dispositions du code et de la pratique de certains tribunaux a relativement dénaturé l'esprit de ce désistement automatique.

Un premier exemple sera tiré de la combinaison discutable de cet article avec l'article L 9 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. En effet, souvent les Présidents des tribunaux administratifs combinent le rejet d'une demande de sursis à exécution à l'application de l'article L 9 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, qui permet aux Présidents des juridictions administratives, par voie d'ordonnance, de donner acte des désistements. Cette formule simplifiée, écartant la formation collégiale, s'explique par le fait qu'elle concerne les désistements volontaires (dont il suffit de « donner acte de... »), des non lieu à statuer (requête devenue sans objet) ou des cas d'irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte.⁵³, c'est-à-dire des

⁵⁰ L'article R 122-1 nouveau précise que « La notification du jugement ou de l'ordonnance rejetant une demande de sursis à exécution d'une décision administrative, en raison de l'absence de moyens sérieux d'annulation, informe le requérant que s'il ne présente pas dans le délai de deux mois à compter de cette notification un mémoire confirmant les fins de sa requête en annulation, il sera réputé s'être désisté. »

⁵¹ Conclusions précitées.

⁵² CEDH 25 février 1992, Pfeiffer et Plankl, série A, n°227.

⁵³ L'article L 9 précise que « Les présidents (...) peuvent, par ordonnance, donner acte des désistements, rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence des juridictions administratives, constater qu'il n'y

hypothèses où le magistrat unique n'a pas d'analyse juridique à opérer : il donne acte de désistement ou de non lieu à statuer et constate une irrecevabilité manifeste.

L'article L 9, privant les requérants du bénéfice de la formation collégiale est en outre d'interprétation restrictive. En effet, le Conseil d'Etat, dans un avis du 29 novembre 1991⁵⁴ a refusé de permettre l'utilisation de ce texte à des fins autres que celles pour lesquelles il a été conçu.

Or les juges opèrent le plus souvent la combinaison de cet article L 9 et de l'article R 122-1 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Pourtant cet article R 122-1 est extrêmement différent dans l'esprit du désistement volontaire, car il concerne un désistement opposé par le tribunal saisi au fond à la suite d'une décision rejetant un sursis à exécution .

Une autre pratique des tribunaux administratifs est de notifier la décision juridictionnelle de rejet aux parties elles-mêmes - c'est-à-dire les personnes physiques ou morales requérantes et non à leurs conseils ou mandataires, en application littérale, mais incorrecte de l'article R 122-1 nouveau qui dispose que « la notification du jugement ou de l'ordonnance (...) informe le requérant... »

Or cette formalité n'est nullement respectée dans la simple notification aux requérants eux-mêmes(par opposition à leurs conseils). En effet, si la notification adressée aux requérants eux-mêmes donne toujours l'information sur les conséquences de l'absence de confirmation explicite d'action au fond, de même que les notifications aux requérants eux-mêmes contiennent toujours les voies de recours et les délais, le bordereau d'information adressé aux conseils des requérants omet toute indication de ce type. Or la formalité « d'information du requérant » est un acte de procédure au sens plein du terme, puisqu'il permet un éventuel désistement par inaction ou un maintien de l'action.

A ce titre l'article R 107 impose que « Lorsqu'une partie représentée devant le tribunal administratif ou la Cour administrative d'appel par un des mandataires mentionnés à l'article R 108, les actes de procédure, à l'exception de la notification de la décision prévue aux articles R 211 et suivants, ne seront accomplis que à l'égard de ce mandataire »

Or si la notification est faite à la partie et non à l'avocat, dès lors que cette notification a une incidence sur la procédure - ce qui est le cas - elle doit être impérativement notifiée à l'avocat. En effet, la notification du rejet du sursis à exécution, puisqu'elle influence l'action au fond (désistement du recours en annulation), ne peut que constituer un acte de procédure devant être accompli à l'égard du mandataire.

Cette notification au domicile personnel des requérants et non à celui élu est contraire à l'article R 93 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Par définition, et c'est même une clause de style dans les

pas lieu à statuer sur une requête, rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste.. »..

⁵⁴ Avis LANDREE, Cité in Code des procédures contentieuses de droit public LITEC 1994 page 37 et code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel annoté et commenté Le Moniteur 1993 page 56.

requêtes, dès la requête introductive d'instance les requérants élisent domicile au cabinet de leur conseil.

A ce titre le domicile de procédure ne devrait pouvoir être que celui de leur conseil, au titre de l'article R 93 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui dispose que « (...) Les actes de procédure seront valablement accomplis à l'égard du mandataire mentionné à l'article R 108, ou du représentant unique mentionné à l'article R 92, selon le cas ». Sur ce point encore, le raisonnement fait à l'égard de l'article R 107 sur le destinataire de la notification pourrait être opéré.

Enfin les règles de durée du mandat ad litem détenu par l'avocat vont également à l'encontre de la pratique d'une simple notification aux requérants eux-mêmes et non à leur mandataire.

En effet le mandat ad litem prend fin avec l'extinction du litige, c'est-à-dire à la fin du jugement. Mais précisément la liaison entre procédure principale (recours en annulation) et procédure incidente (sursis à exécution) est telle que la seule décision juridictionnelle mettant fin au mandat de l'avocat n'est pas celle rejetant le sursis à exécution - rejet en l'état d'une instruction interrompue et incomplète - mais celle rejetant l'action au fond. A fortiori, puisque le nouvel article R122-1 institue une liaison encore plus forte (influence directe du rejet du sursis à exécution sur le rejet de l'action au fond) entre les deux procédures, le mandat ad litem de l'avocat ne peut prendre fin que lors de l'extinction de l'action au fond. Enfin, en admettant même la distinction des mandats, il va de soi que l'extinction éventuelle du mandat en matière de sursis à exécution n'a pas pour conséquence d'éteindre celui donné au conseil pour l'action principale. Par voie de conséquence il reste l'interlocuteur du juge pour celle-ci, y compris - puisqu'un délai entraînerait désistement au fond - au niveau de la notification de l'ordonnance de rejet de la demande de sursis à exécution.

Les textes imposent donc une notification aux mandataires du rejet du sursis à exécution.

Mais en réalité, c'est surtout l'esprit de la procédure et la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense qui imposent cette notification.

En effet, chacun sait - surtout dans une procédure aussi particulière que la procédure administrative - que le justiciable est rarement en mesure de comprendre le sens précis des écritures de procédure, notamment dans les formules utilisées par les juridictions en matière de notification. Il est en conséquence illusoire de penser que le justiciable aura reçu toute « information » au sens de l'article R 122-1 si son conseil n'a pas été averti. Il aura été en pratique privé de la possibilité de continuer une requête au fond et du plus élémentaire droit au recours, expression des droits de la défense, principe général de droit, dont le Conseil d'Etat rappelait si justement - tout en rejetant le recours contre le décret instituant le désistement automatique - qu'il s'agissait « d'un principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel »⁵⁵.

⁵⁵ Conseil d'Etat 29 juillet 1998, Syndicat des avocats de France et autres, précité

On pourrait en conclusion évoquer le risque un peu surréaliste du détournement de pouvoir ou de procédure commis par le juge lui-même.

Il a en effet été indiqué que le Conseil d'Etat, dans un avis du 29 novembre 1991, a refusé de permettre l'utilisation de l'article R 122-1 à des fins autres que celles pour lesquelles il avait été conçu

Il est concevable de penser qu'en notifiant aux seuls requérants personnes physiques (et non à leur conseil) les conséquences de la non manifestation d'un désir de continuer au fond, en omettant le domicile de procédure, en négligeant les règles du mandat ad litem applicable en cas de combinaison de procédures incidente et principale, le juge pourrait être regardé comme ayant eu pour but, non d'assurer le respect des règles de procédures, mais de désencombrer la juridiction d'un dossier.

Cela serait un comble de la part du juge de l'excès de pouvoir.

Mais la mission du juge est difficile, pris entre l'intérêt de la Justice (juger vite pour satisfaire les justiciables) et l'intérêt de l'Administration de la Justice (juger vite par esprit de « chiffre »). La frontière entre le « très » vite et le « trop » vite est nécessairement subtile, et il a été démontré que son appréciation appartenait au juge lui-même.

L'amélioration des textes de procédure ne sera jamais suffisante et il restera toujours au juge la liberté d'application. A titre d'exemple virtuel, la récente réforme en cours des référés est l'illustration de ce nouveau pouvoir prétorien : l'article 6 du projet prévoit qu'en matière de référé, destiné à remplacer tous les sursis à exécution, « le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avaient ordonnées ou y mettre fin. » Qu'est-ce qu'un élément nouveau ?

Si techniquement il est facile de penser avec Goethe que l'on a « toujours trop de temps quand on l'emploie bien »⁵⁶, l'on est aussi contraint d'accorder psychologiquement une grande confiance au juge dans son rapport avec le temps.

Cette confiance dans le juge administratif a toujours été - indépendamment des textes - l'élément majeur permettant de préférer l'arbitraire du juge à l'arbitraire de l'Administration.

C'est donc à un juge - et non à un administrateur⁵⁷ de juridiction - d'imposer son arbitraire aux plaideurs dans l'appréciation de l'épuisement du débat contradictoire ou dans l'application de procédures expéditives ou automatiques.

⁵⁶ Dichtung und Wahrheit- 1831.

⁵⁷ Le terme employé de « service public » dans l'expression « mesures nécessaires au bon fonctionnement du service public de la Justice » est utilisé par le Conseil d'Etat lui-même dans l'arrêt « Syndicat des avocats de France et autres » du 29 juillet 1998 (précité).

Ce choix entre comportement judiciaire et comportement administratif est la clef de la persistance de la confiance des justiciables dans le juge administratif.

Manuel GROS
Professeur à l'Université d'Artois
Doyen de la faculté Alexis de Tocqueville de Douai
Centre Ethique et Procédures