

# Le Juge et le Moment

*V<sup>e</sup> Journée des jeunes chercheurs  
en droit public*

*28 juin 2019*

Pour leur cinquième journée d'étude, les jeunes chercheurs en droit public de la faculté de droit de Pau se sont réunis autour d'un thème fédérateur : « Le juge et le moment ». Le présent ouvrage est issu de la manifestation qui s'est tenue le 28 juin 2019, à une époque où l'état d'urgence se conjugait au singulier mais où régnait déjà la certitude que l'office du juge est influencé par un ou plusieurs moment(s). Qu'il rythme le déroulement du procès ou qu'il se présente comme une donnée extérieure au prétoire mais capitale dans le traitement du litige, le moment imprègne l'action de juger. Ces quelques contributions tendent à illustrer le phénomène.

Avec les contributions de J. Barbier, S. Douteaud, P. Estanguet, J. Gourdou, M. Guiesse, F. Lacarrère, D. Löhrer, J.-V. Maublanc, M. Martins, C. Parjouet, L. Romazzoti et A. Rouyère.



ISBN : 2-35311-117-3  
Prix : 17 €



LE JUGE ET LE MOMENT

# LE JUGE ET LE MOMENT

Sous la direction de Stéphanie Douteaud,  
Pauline Estanguet et Noémie Veron



PAUDROITPUBLIC  
Université de Pau et des Pays de l'Adour



2020

ILD  
Institut Léon Duguit / université  
de BORDEAUX



puppa  
Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour



*V<sup>e</sup> journée des jeunes chercheurs en droit public  
Université de Pau et des Pays de l'Adour*

*28 juin 2019*

## *Le Juge et le Moment*

*Sous la direction de Stéphanie Douteaud,  
Pauline Estanguet et Noémie Veron*



#### Directrices du volume

Stéphanie Douteaud, UPPA  
Pauline Estanguet, UPPA  
Noémie Veron, UPPA

#### Comité scientifique

Stéphanie Douteaud, UPPA  
Pauline Estanguet, UPPA  
Noémie Veron, UPPA

#### Commandes

caroline.de-charette@univ-pau.fr

#### Paiements à l'ordre de

M. l'agent comptable de l'université de Pau

#### Presses de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Directeur : Victor Pereira  
Conception graphique : Brigitte Cupertino  
Composition : Caroline de Charette

#### Impression

Ipadour, 64000 Pau

© Presses de l'Université de Pau  
Institut Claude Laugénie  
Avenue de doyen Poplawski  
64000 Pau

ISBN : 2-35311-117-3

Dépôt légal : décembre 2020

## REMERCIEMENTS

*Les membres du comité scientifique adressent leurs sincères remerciements aux personnes ayant contribué à la publication des présentes interventions.*

*Nous remercions en premier lieu le Professeur Aude Rouyère qui a accepté de réaliser les propos d'ouverture de cette journée d'étude. Nous souhaitons exprimer toute notre gratitude à l'équipe de direction de l'Institut Léon Duguít (ILD) sans qui nous n'aurions pas pu publier ces travaux.*

*Nous remercions ensuite le laboratoire PDP pour son soutien financier et logistique. Un grand merci à Isabelle pour son aide précieuse, son efficacité sans faille et sa grande réactivité.*

*Un remerciement particulier au laboratoire LARJ qui a alloué une subvention au colloque organisé le 28 juin 2019.*

*Pour finir, nous remercions chaleureusement l'ensemble des contributeurs qui ont manifesté un grand intérêt pour ce projet. Un merci tout particulier à Maverick qui a abandonné provisoirement sa casquette de contributeur pour celle de relecteur afin de nous aider dans ces derniers moments.*

————— *SOMMAIRE* —————



Avant-propos .....	13
<i>Stéphanie Douteaud, Pauline Estanguet et Noémie Veron</i>	

Introduction .....	21
<i>Aude Rouyère</i>	

## PARTIE I

### L'INFLUENCE DU MOMENT SUR L'INSTANCE

#### A - L'influence du moment sur l'introduction de l'instance

Le non-recours au juge et le moment Éléments de réflexion .....	31
<i>Dimitri Löhrer</i>	

La dissuasion à l'exercice du recours et le moment : l'exemple de la loi ELAN .....	51
<i>Juliette Barbier</i>	

L'opérance des moyens et le moment : illustration par l'arrêt <i>Féd. CFDT finances</i> .....	67
<i>Florent Lacarrère</i>	

#### B - L'influence du moment sur le déroulement de l'instance

L'influence du moment sur l'architecture du procès .....	87
<i>Pauline Estanguet</i>	

L'influence du moment sur les procédures de référés : rencontre entre juge administratif, référé et moment.....	103
<i>Laure Romazzotti</i>	

C - L'influence du moment sur l'issue de l'instance

L'influence du moment sur la rédaction des décisions de justice .....	121
<i>Maverick Martins</i>	

L'influence du moment sur la communication des décisions du Conseil d'État .....	133
<i>Stéphanie Douteaud</i>	

PARTIE II

L'INFLUENCE DU MOMENT SUR LA JURISPRUDENCE

Transition démocratique et justice constitutionnelle centrafricaine, étude d'une relation idyllo-cauchemardesque .....	163
<i>Claire Parjouet</i>	

Le juge et le moment économique : regard sur le contentieux des actes à caractère économique .....	181
<i>Jean-Victor Maublanc</i>	

La CJUE et le principe de confiance mutuelle .....	195
<i>Margueritte Guiresse</i>	

Conclusion .....	213
<i>Jean Gourdou</i>	

————— *AVANT-PROPOS* —————



## AVANT-PROPOS

Stéphanie Douteaud

Pauline Estanguet

Noémie Véron

Tous les deux ans, les doctorants et jeunes docteurs se réunissent autour d'une problématique fédératrice en proposant une approche originale et transversale du sujet. Après « *l'infraction pénale* » (*L'infraction pénale*, actes de la journée d'étude organisée le 30 avril 2009, à Pau, NIQUÈJE S. (dir.), l'Harmattan, 2010, 214 p.), « *droit public et cinéma* » (*Droit public et cinéma*, actes de la journée d'étude organisée le 14 avril 2011, à Pau, CONNIL D. et DUVIGNAU J. (dir.), l'Harmattan, 2012, 185 p.), « *fête et droit public* » (*Fête et droit public*, actes de la journée d'étude organisée le 13 février 2015, à Pau, AZARETE A., GUERRERO E. et MORETTO T. (dir.), l'Harmattan, 2017, 189 p.) et « *la valeur économique en droit public* », les jeunes chercheurs en droit public de l'UPPA ont retenu, pour leur cinquième journée d'étude, la thématique « *Le juge et le moment* ». Le présent ouvrage est issu de la manifestation qui s'est tenue à la faculté de droit de Pau, le 28 juin 2019.

**« Le juge » c'est entendu, mais pourquoi « le moment » ?**  
Le thème arrêté cette année-là a donné lieu à de riches discussions. C'est qu'il fallait en établir les contours et la dynamique générale. Si le terme « *juge* » renvoie à l'institution juridictionnelle – saisie ici sans nulle considération pour les attributions du juge, de sorte que le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel, la Cour de Justice, et, un peu plus loin de nous, la Cour constitutionnelle de transition centrafricaine, sont tous, ici, concernés –, la notion de « *moment* » ne se laisse pas facilement approivoiser.

Instinctivement, le terme « *moment* » s'entend dans une acception temporelle. On lui associe volontiers les mots « *période* »<sup>1</sup>, « *instant* »<sup>2</sup>, voire plus largement « *le temps* »<sup>3</sup>.

Le *temps* est la notion la plus abstraite. Terme universel, il se caractérise par l'impossibilité d'identifier l'origine et la fin du phénomène appréhendé. Il peut être perçu soit comme un espace continu non borné, soit comme une succession de périodes. L'action de juger est irréductiblement soumise au temps, qu'il s'agisse, entre autres, des conditions de délais à observer ou de la temporalité d'une construction jurisprudentielle. D'ailleurs, la doctrine juridique s'intéresse depuis longtemps aux interactions existantes entre le juge et le temps<sup>4</sup>. Leur rapport est périodiquement réexaminé, parfois

1 - Le centre de recherche intra-langues sur la signification en contexte (CRISCO), laboratoire en linguistique de l'Université de Caen édite un dictionnaire des synonymes en ligne. Ce recueil numérique range le mot « *période* » en deuxième position des synonymes connus du terme « *moment* », URL : <https://crisco.unicaen.fr/des/synonymes/moment>

2 - Tel est le cas du Littré, v. « *Moment*, » in LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, 1873, T. III, p. 598.

3 - Le dictionnaire de l'Académie française tient d'ailleurs le moment pour un « *intervalle de temps* », « *Moment* » in *Dictionnaire de l'Académie française*, URL : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M2573>

4 - V. notamment CONNIL D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012, vol. n° 114 ; AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, vol. n° 11 ; COULON J.-M. et FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996 ; GABORIAU S., PAULIAT H. (coord.), *Le temps, la justice et le droit*, Pulim, 2004 ; STIRN B., « Juridiction et jurisprudence administrative : le temps du mouvement », in *L'architecture du droit Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 939 ; VIALETTES M., COURRÈGE A., ROBINEAU-ISRAËL A., « Les temps de la justice administrative », in *juge l'administration, administrer la justice Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 833 ; DENOIX DE SAINT-MARC R., « Le juge et le temps », *Rev. adm.*, 2000, numéro spécial, p. 25 ; AGUILA Y., « Le juge et le temps », in GABORIAU S., PAULIAT H. (coord.), *Le temps, la justice et le droit, op. cit.* ; BEMBA J., « Le juge administratif et le temps dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *RPD*, 1996, p. 501 ; GEORGEL J., « Le juge et la montre », in *Études en l'honneur de George Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 115 ; GROS M., « Le juge administratif, la procédure et le temps », *Droits*, 2000, n° 30, p. 71 ; CLAEYS A., « Le juge administratif et le

à l'initiative de la doctrine organique qui revêt, pour l'occasion, la blouse du diagnosticien<sup>5</sup>.

La *période* quant à elle possède deux propriétés principales. D'abord, elle repose sur un élément essentiellement objectif : le temps la délimite. Il est possible de la représenter schématiquement en la situant entre deux bornes. Elle s'inscrit dans une évolution globale au sein de laquelle elle n'est qu'une séquence particulière. Ensuite, son inscription dans le temps varie : la période peut être unique comme elle peut être répétitive, voire cyclique.

Le poids de la délimitation temporelle se révèle encore plus important dans la définition de *l'instant*. C'est même sa caractéristique la plus visible. L'instant est la plus petite unité de temps. C'est sa brièveté qui le singularise. Il est nécessairement délimité et généralement conçu comme un phénomène unique.

In *fine*, aucune de ces notions n'est équivalente à celle de « *moment* ». La différence fondamentale entre ces notions tient au fait que le moment n'a pas de bornes déterminées. L'indétermination de son début et de sa fin lui confère toute son originalité. Le brouillard qui entoure le moment, loin de fragiliser la notion, la distingue, au contraire<sup>6</sup>. De plus, la notion de moment ne peut pas s'appréhender d'un seul point de vue temporel. En effet, qualifier une séquence de temps de « *moment* » implique une appréciation contextualisée et peut varier selon les éléments considérés et les individus ou les groupes d'individus intervenant dans ce processus de qualification.

On en vient à un aspect tout à fait capital : le « *moment* » doit aussi être entendu dans un sens matériel. Étymologiquement, « *moment* » procède du latin « *momentum* » lui-même issu d'une contraction de « *movimentum* »... « *mouvement* »<sup>7</sup>. Il désigne aujourd'hui « *la durée*

temps de l'instruction », in *Variation autour du droit public Mélanges en l'honneur du Professeur Christian Debouy*, Presses universitaires de Poitiers, 2019, p. 91.

5 - STAHL J.-H., « Mutations », *Dr Adm*, août-septembre 2020, repère, p. 1.

6 - Pour le Littré, le moment est une « *partie, petite, mais indéterminée, du temps* », « *Moment* », in *Dictionnaire de la langue française*, préc., p. 598.

7 - « *Moment* », in *Dictionnaire de la langue française*, préc., p. 599.

d'un petit mouvement »<sup>8</sup>, preuve que la dimension matérielle est aussi prégnante (si ce n'est plus) que la dimension temporelle, dans sa définition. Les termes « *situation* », « *circonstances* », « *événement* » seraient alors assimilables au « *moment* ». Cependant, ils ne sont pas solubles dans le « *moment* ». Une « *situation* », une « *circonstance* » ou un « *événement* » ont tous en commun de renvoyer à un ou plusieurs faits. C'est même cet élément factuel qui les distingue d'autres « *circonstances* », « *situation* », ou « *événement* ».

Or, deux différences majeures opposent les notions que nous venons d'évoquer à celle de moment. *Primo*, elles visent des phénomènes statiques alors que le moment est un phénomène dynamique dans lequel il n'existe pas de frontières visibles entre l'avant, le pendant et l'après. *Secundo*, ces notions ont toutes en commun de renvoyer à l'existence d'un phénomène qui s'observe de façon objective, avec des unités de mesures, des références, des outils de comparaison, des critères dits « *rationnels* » permettant de les comprendre et de les relier. Retenir la notion de moment, c'est porter un regard subjectif sur l'événement considéré en tenant compte de la période durant laquelle il se produit.

Le moment combine l'approche temporelle et l'approche matérielle. D'ailleurs, toutes les définitions du « *moment* » s'accordent sur une caractéristique : le moment est un laps de temps contextualisé. Autrement dit, un moment est une séquence de temps affectée par des circonstances particulières.

**Du « *juge et du moment* ».** Le choix de la thématique est le fruit d'un constat : **il y a quelque chose de changé dans la manière dont le juge exerce sa fonction et ce « *quelque chose* » s'explique par la volonté d'adapter le procès et l'après-procès aux contraintes ponctuelles qui se présentent.**

La fonction de rendre la justice est consubstantielle au fait social. Elle ne consiste pas à appliquer froidement un texte de loi, mais à apprécier son adaptabilité à une situation donnée, autrement dit au litige. Or, ce litige ne lie pas seulement deux parties, il s'inscrit dans

un contexte, un environnement dont les facteurs sociaux, sociétaux, juridiques, économiques, politiques ou environnementaux sont susceptibles de cristalliser et de révéler un intérêt particulier qui transcende le cadre restreint de ce litige.

Selon Patrick Hunout, « *la décision judiciaire possède des caractères particuliers, qu'elle tient du contexte dans lequel elle est prise et de la façon dont celui-ci la structure* »<sup>9</sup>. La justice ne peut se départir de ces facteurs car sa fonction première est de contribuer à l'encadrement de la vie en société et de pallier les effets négatifs, parfois néfastes, de cette vie en société. À mesure que les relations entre individus se sont complexifiées, les attentes autour du juge se sont accrues. La diversification des litiges et leur degré de technicité ont amené les juridictions civiles, pénales, administratives, constitutionnelles et européennes à recontextualiser les litiges portés devant leur prétoire et à prendre en compte les attentes de l'ensemble du corps social.

De nombreux travaux font apparaître l'importance qu'il faut accorder à ces éléments de contexte. Le professeur Dominique Rousseau y fait allusion lorsqu'il remarque que « *si la doctrine aime les décisions "carrées" (...) le juge ne sait, et ne peut prendre le plus souvent, que des décisions "rondes"* »<sup>10</sup>. Aharon Barak, président de la Cour suprême d'Israël, introspectant le rôle du juge, écrit : « *Le juge n'est pas isolé. Il fait partie de la société et subit son influence tout comme il est sous l'effet des tendances intellectuelles et de la pensée juridique dominante (...)* ». Le juge est « *une créature de son temps* »<sup>11</sup>. Le contexte devient alors un élément à part entière dans le processus juridictionnel, aussi bien que les faits d'espèce, ou la règle de droit<sup>12</sup>.

9 - HUNOUT P., « La psychologie sociale des décisions de justice : une discipline en émergence », *Déviante et sécurité*, 1987, p. 272.

10 - ROUSSEAU D., « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Les Nouveaux Cahiers du conseil constitutionnel*, 2017, n° 54, p. 5.

11 - BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vue par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie » *RFDC*, 2006, p. 227 (traduit de la version originale, BARAK A., « A Judge on judging : The role of A Supreme Court in a Democracy » *The Harvard Law Review*, 2002, n° 1, vol. 116).

12 - Pour une mise en évidence de l'ensemble des facteurs susceptibles de façonner

8 - « *Moment* », in *Dictionnaire de la langue française*, préc., p. 599.

**Structuration du propos.** Les interactions entre le juge et le moment sont indéniables.

Ce « *moment* » a d'abord une influence significative sur le rôle du juge.

Le moment est un élément intégré au procès, d'une part parce qu'il structure son déroulement. Par l'adaptation de certaines procédures ou l'usage de certaines techniques, le juge modifie les étapes du procès et leur délimitation.

Le moment est un élément intégré au procès, d'autre part parce qu'il est susceptible d'affecter son issue. Il en va ainsi lorsque le juge attend le moment opportun pour ajuster une règle jurisprudentielle ou pour recourir à l'un de ses pouvoirs. Le juge anticipe le moment, porte une appréciation sur ce qu'il est (favorable ou défavorable) en fonction du but qu'il cherche à atteindre et le choisit. Mais il arrive également que le juge soit contraint de modifier ses procédés et son mode opératoire lorsqu'un moment particulier l'impose.

Ce « *moment* » a ensuite une influence significative sur l'institution juridictionnelle.

Certaines circonstances peuvent conduire les pouvoirs publics et le corps social à s'interroger sur les exigences qui encadrent la fonction du juge et plus généralement sur la manière d'organiser le pouvoir juridictionnel. Ainsi, le législateur, l'exécutif, mais aussi les juridictions, peuvent, à la suite de certains événements, être amenés à repenser le système juridictionnel du point de vue de son architecture mais également des garanties auxquelles le procès doit se soumettre.

Dans le même sens, le « *moment* » peut sensiblement modifier les rapports que le juge entretient avec les autres institutions et les citoyens. Il adresse alors une invitation aux juridictions ; il les encourage à réexaminer la manière dont elles assurent leur fonction.

Les discussions autour des différentes interactions entre le juge et le moment se sont conclues sur l'idée que ces interactions portaient

principalement sur deux aspects de la fonction juridictionnelle. L'un procédural et institutionnel, l'autre matériel.

L'aspect procédural et institutionnel concerne aussi bien le droit au recours, les moyens que les parties sont susceptibles de soulever, les mécanismes à disposition du juge, la rédaction et la communication des décisions. En d'autres termes, le moment influence significativement l'accès et le déroulement de la justice.

L'aspect matériel concerne le volet jurisprudentiel de la fonction juridictionnelle. Le moment présente un impact certain sur la manière dont le juge tranche le litige. L'examen de la résolution d'affaires intéressant les crises, l'économie et la politique en convainc.

---

la décision de justice, on lira le dossier « Un juge sous influence » publié aux *Cahiers de la Justice*, 2015, n° 4.



## INTRODUCTION

*Aude Rouyère*

*Professeure de droit public à l'Université de Bordeaux*

*Directrice de l'Institut Léon Duguit (ILD) EA 7439*

Si le temps est une préoccupation omniprésente en droit et plus particulièrement en contentieux, le moment semble présenter un caractère plus anecdotique. Le mot est issu du latin *momentum*, contracté de *movimentum*, c'est-à-dire mouvement. Le moment désignerait ainsi le temps d'un simple mouvement. Ou encore une durée située. Mais pas n'importe quelle partie du temps. Car la notion de moment comporte aussi un élément qualitatif. Le moment est celui d'un certain contexte. Il s'agit du temps qui « convient » d'une « opportunité » ou d'une « occasion » selon le Littré.

21

Choisir de se pencher sur le sujet « *Le juge et le moment* » est assurément une démarche originale qui ouvre des réflexions allant bien au-delà du champ juridique. Mais ne serait-ce que dans ce périmètre, la problématique laisse d'emblée entrevoir son ampleur.

En quelques brèves remarques, on tentera de tracer, de manière très générale, les perspectives d'une question dont la richesse et la complexité vont nous être révélées au cours de cette Journée des jeunes chercheurs en droit public.

### COMMENÇONS PAR QUELQUES ILLUSTRATIONS

#### DE « MOMENTS EN DROIT » SAISIES À LA VOLÉE

Quel est le moment de référence de la légalité qui s'applique, respectivement, en excès de pouvoir et en plein contentieux ? Quel

est le moment à partir duquel le juge peut décider de clôturer une instruction ? À quel moment peut-on et ne peut-on plus soulever tel moyen ou tel autre ? En quoi le moment détermine-t-il l'urgence, notamment en procédure de référés ?

Quel est le bon moment pour opérer un changement de jurisprudence ? En quoi le moment permet-il de comprendre pleinement une décision ?

Ceci n'est qu'un début... Le sujet, on le perçoit avant même de l'explorer, est à la fois vaste et précis. L'angle d'analyse est assurément prometteur.

#### PUIS ESSAYONS DE CERNER LES TRAITS DU « MOMENT » EN DROIT

Le moment est, on l'a déjà souligné, une durée pendant laquelle se produit un mouvement. Une « *partie petite mais indéterminée, du temps* » (Littré). Et pas seulement la « *période* », « *l'instant* », « *l'actualité* ». Une fraction du temps qui revêt ou à laquelle on attribue une portée particulière, déterminante, décisive. Il y a quelque chose de distinctif dans le « *moment* ». Quelque chose que l'on peine à saisir en un seul mot mais qui en est la caractéristique nette.

De quoi est faite, en droit, cette spécificité qui marque un moment, voire *le moment* ? Le moment serait un espace de temps dans lequel un mouvement prend matière juridique ou donne matière juridique. Son début, sa durée, sa fin, sa teneur... Le moment délivre des repères auxquels sont attachés, de différentes manières, des effets juridiques. Soit formellement parce que le droit a organisé le moment, soit de manière factuelle parce que le moment inspire ou oriente la production juridique. Nécessairement, en tout cas, une volonté – prédéterminée ou pas – fonde l'identification du moment. Car le moment n'est pas un donné, mais un construit (« *l'instant crucial est maintenant et maintenant est l'instant crucial* » Yamamoto Tsunetomo).

Le droit n'est-il pas, d'ailleurs, essentiellement une question de moment ? Parce que le droit est de l'ordre du virtuel, « *un devoir être* » qui entre en mouvement pour que quelque chose advienne

à un moment. Parce que le droit est une force en action et que le moment est aussi la mesure d'une dynamique : le moment d'une force (grandeur physique vectorielle traduisant l'aptitude de cette force à faire tourner un système mécanique autour de ce point, souvent appelé pivot...). Parce que le droit est un discours donc lui-même un moment, renouvelé par chacun de ses destinataires.

#### POURSUIVONS EN TENTANT DE DISTINGUER LES MOMENTS DU DROIT

Il n'y a pas un moment mais différents moments en droit. Les moments que le droit met en forme juridiquement et les moments qui organisent ou simplement affectent la vie du droit de sa production à son application. Il y a donc les moments dans la norme et les moments de la norme. Les premiers sont la norme elle-même, donc connus et précisés, tandis que les moments d'application du droit sont en perpétuels réédition et renouvellement. Et lorsque le juge intervient il est, en même temps juge sanctionnant des moments juridiques et juge d'un moment d'application du droit.

Tant qu'au discours que nous tenons sur le droit, discours métajuridique inscrit dans la distance et l'impuissance à dire le droit... Ce discours est encore dans un autre moment, celui de notre parole, de nos écrits et surtout celui de ceux qui lui prêtent une oreille ou un œil. Un moment indéfini et insaisissable.

Le moment serait-il la variable irréductible du droit ? Et en cela son moteur ?

#### ENFIN ESQUISSEONS QUELQUES CLASSIFICATIONS INTUITIVES

Il y aurait au moins des types de moments du droit, chacun porteurs de leur propre problématique.

Les moments institués, ceux du droit processuel ou de la vie d'un acte juridique par exemple, et les moments contextuels qui déterminent l'application du droit et donc finalement le droit. Parmi ces derniers, on peut aussi identifier des moments choisis – celui d'une

innovation jurisprudentielle par exemple –, des moments imposés (mais toujours qualifiés donc décidés) – l’urgence ou une situation de crise –, des moments cruciaux parce que chargés d’enjeux majeurs.

Quelques exemples jurisprudentiels choisis parmi une multitude, témoignent de cette multi-dimensionnalité du moment en droit.

L’affaire Lambert tout d’abord, est évidemment exemplaire. Elle est celle d’un moment juridictionnel qui s’est étiré dans les différents moments d’une procédure à rebondissements. Elle est également celle d’un moment singulier dans l’histoire des relations entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. Elle met aussi en lien étroit le moment de la décision médicale et celui de la décision juridictionnelle ; au point que le juge peut avoir l’impression, vertigineuse, que c’est lui qui tient la main du médecin. Elle est enfin un intense moment de réflexions éthiques, métaphysiques, culturelles.

L’affaire Gomez dite affaire des gamètes<sup>1</sup> est tout aussi remarquable. Elle est celle d’un moment crucial dans l’histoire intime d’une personne, mais aussi celle d’une conjugaison de moments déterminés par le droit espagnol et le droit français. Une affaire dans laquelle est perceptible le poids de ces moments sur le raisonnement juridictionnel élaboré, notamment à propos de la question de l’inconventionalité de la loi applicable.

Plus loin dans le temps, l’affaire du bac d’Eloka doit être replacée dans son moment, c’est-à-dire celui où l’intervention publique sur le terrain des activités privées apparaît hétérodoxe et s’effectue au prix et non à la faveur du droit privé. Ce dernier et sa conséquence – la compétence du juge judiciaire – signifiant la perte d’un privilège. Bien connue de tous les juristes débutants, cette décision est souvent lue dans le contexte actuel et donc à un moment où les points de vue ont en partie basculé. Ce retour sur le moment initial et une approche comparée des moments offre une perspective singulièrement éloquente sur notre droit administratif et ses variables contextuelles.

1 - CE, Ass., 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzales Gomez*, Rec., p. 208.

Enfin, comment ne pas mentionner la décision IVG du Conseil constitutionnel en 1975. N’était-ce pas le moment pour le Conseil constitutionnel ? N’était-ce pas une affaire de moment ? Ou bien était-ce très exactement le moment et donc la décision d’une occasion manquée ?

Le sujet de cette Journée des jeunes chercheurs en droit public permet d’analyser un paramètre essentiel du travail juridictionnel. Le programme nous promet une exploration fine et approfondie de la question. Le moment est venu de donner la parole aux intervenants, avec plaisir et curiosité.

« *Aucun moment n’est le bon, sauf pour les choses agréables !* » (Woody Allen ; Dieu, Shakespeare et moi). C’est assurément le bon moment !

————— *PARTIE I* —————  
*L'INFLUENCE DU MOMENT*  
*SUR L'INSTANCE*

—A—

*L'influence du moment  
sur l'introduction  
de l'instance*



LE NON-RECOURS AU JUGE ET LE MOMENT  
ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION

*Dimitri Löhrer*  
*Maître de conférences en droit public*  
*UPPA, Aix Marseille Univ., Université de Toulon,*  
*CNRS, DICE, IE2IA, Pau, France*

« Ce n'est pas le bon moment ». Qui n'a jamais prononcé cette phrase? Afin de justifier une décision, une conduite, un choix. La remarque semble trouver un écho particulier dans le processus de mobilisation des organes juridictionnels. Divers entretiens réalisés dans le cadre de travaux en sciences sociales offrent en effet à constater que la problématique du moment est un facteur de non-recours au juge régulièrement avancé. « *C'est tellement casse pieds que par moment, tu vas préférer perdre que de faire toutes ces démarches* », « *c'était trop de paperasse et je n'avais pas le temps à ce moment là* », comptent ainsi au nombre des raisons évoquées par les personnes interrogées pour expliquer leur décision de ne pas recourir au juge alors même qu'elles subissent une expérience offensante<sup>1</sup>.

Le moment serait donc susceptible de jouer un rôle dans le processus de non-recours au juge. Reste à savoir ce que recouvre concrètement cette formule : « ce n'est pas le moment ». Car, si le moment ou, plus précisément, le mauvais moment, est parfois

---

1 - En ce sens, v. par ex. HEURTIN J.-PH. et HO DINH A.-M., *Le non-recours à la justice – Les trajectoires des plaintes de consommation*, Rapport pour la Mission de recherche Droit et justice, 2010, p. 63.

mentionné par les personnes qui se prêtent aux entretiens, l'analyse de ce facteur de non-recours au juge demeure assez marginale.

Un point de méthode. « *Si on sait ce que l'on fait, on le fait mieux* »<sup>2</sup>. L'avertissement de Pierre Bourdieu appelle ici deux séries de précisions.

La première est relative au cadre d'analyse du discours. La problématique abordée s'inscrit dans le prolongement des travaux en sciences sociales consacrés au dévoilement des mécanismes à l'œuvre en matière de renonciation au droit d'agir en justice. L'objectif qui sous-tend cette démarche est d'apprécier l'effectivité du droit fondamental au juge, laquelle ne peut se réduire à sa seule dimension juridique<sup>3</sup>. Dans cette perspective, on observera que « *le "non-recours", en tant qu'objet d'étude et d'analyse, est un objet non identifié, inexistant chez les juristes* »<sup>4</sup>. Ces derniers lui préfèrent la notion d'accès au juge et centrent l'essentiel de leur analyse sur les règles de droit qui vont permettre d'assurer cet accès. La notion de non-recours telle que mobilisée par les sciences sociales suggère un champ d'analyse plus global. Selon Philippe Warin, elle « *renvoie à toute personne qui – en tout état de cause – ne bénéficie pas d'une offre publique, de droits et de services, à laquelle elle pourrait prétendre* »<sup>5</sup>. En l'occurrence l'offre publique de justice<sup>6</sup>. Ainsi entendue, la problématique du non-recours au juge ne se limite pas à l'étude des seules normes juridiques. Elle s'intéresse plus largement à l'ensemble des déterminants – pensés et impensés – à l'œuvre en matière d'évitement de l'institution judiciaire. Les

déterminants sociaux par exemple, en particulier l'insuffisance de ressources pour mobiliser les organes juridictionnels<sup>7</sup>. Les déterminants psychologiques également, tels que les représentations sociales de la justice ou le sentiment d'incapacité à jouer le jeu judiciaire. Le non-recours, toujours selon Philippe Warin, peut alors prendre trois formes différentes<sup>8</sup> : la non-connaissance (l'offre de justice n'est pas connue), la non-demande (l'offre de justice est connue mais, de façon choisie ou contrainte, n'est pas demandée en raison d'un désaccord sur son contenu et/ou sur ses modalités d'accès), la non-réception (l'offre de justice est demandée mais pas obtenue).

C'est précisément dans ce cadre d'analyse global que se pose la problématique du non-recours au juge et du moment. Pour s'en convaincre, on rappellera que le moment se définit à l'aune de deux éléments constitutifs : un élément temporel – une séquence de temps située – et un élément matériel – des circonstances particulières<sup>9</sup>. Or, les circonstances temporelles particulières sources de non-recours ne sauraient être le produit exclusif de prescriptions juridiques. Interroger le rôle joué par le moment dans le processus de non-recours au juge suppose, par voie de conséquence, de dépasser l'analyse juridique positiviste<sup>10</sup> au profit d'une ouverture vers les sciences auxiliaires du

32

33

2 - BOURDIEU P., *Sur l'État. Cours au Collège de France 1989-1992*, Raisons d'agir, Seuil, 2012, p. 162.

3 - Nous rejoignons en cela Jacques Chevallier lorsqu'il écrit : « les énoncés constitutionnels ne prennent leur véritable signification qu'à travers les usages concrets qui en sont faits » (« Pour une sociologie du droit constitutionnel », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 281).

4 - SAYN I., *Le non-recours, vu du droit. Le non-recours au droit et aux services*, mars 2007, France, halshs-00195205.

5 - WARIN PH., « Le non-recours : définition et typologies », *Odenore*, juin 2010, p. 3.

6 - L'offre publique de justice sera ici limitée aux organes juridictionnels habilités par l'État à trancher les litiges par application de la règle de droit.

7 - On retrouve ici la notion de « capital procédural » telle que développée par Alexis Spire et Katia Weidenfeld. Cette notion doit être entendue, sinon comme une forme nouvelle de capital spécifique aux justiciables, comme une combinatoire des différentes formes de capital mises au jour par Pierre Bourdieu – économique, culturel et social – et dont le volume conditionne la propension à faire valoir ses droits devant le juge (SPIRE A. et WEIDENFELD K., « Les usages sociaux de la justice administrative », *Tracés*, 2009, 9, p. 75 ; « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural », *Droit et société*, 2011, 79, p. 689 ; « Obtenir justice, une affaire de capital ? », *Délibérée*, 2019, 7, p. 13).

8 - WARIN PH., « Le non-recours : définition et typologies », *art. cit.*, p. 5 ; « Le non-recours aux droits », *SociologieS*, 15 nov. 2012, [en ligne]. Disponible sur [sociologies.revues.org].

9 - Nous reprenons ici la définition du moment proposée dans l'appel à contribution.

10 - Ici entendue dans son acception kelsenienne de science du droit pure, c'est-à-dire une démarche épistémologique dont le propre est de parvenir à la connaissance

droit. En un mot, une approche interdisciplinaire, mobilisant aussi bien le droit que la sociologie du droit, la psychologie sociale de la justice que l'économie du droit.

Cette première précision en appelle une seconde. Celle d'un souci d'honnêteté intellectuelle. Faute de formation adaptée, le juriste ne dispose pas des compétences requises pour mobiliser les méthodes d'analyses empiriques des sciences sociales. Notre ambition se limitera donc à exploiter, avec toutes les limites que cela comporte<sup>11</sup>, les résultats déjà produits par les sciences empiriques afin de dégager des pistes de réflexion au sujet de la non-demande de justice en raison du moment.

Cela posé, un double niveau de lecture du sujet s'offre à nous.

En première analyse, il peut s'agir d'étudier le moment du non-recours au juge, c'est-à-dire à quel stade du processus de mobilisation des organes juridictionnels le phénomène de non-recours se manifeste. Cette approche du sujet, largement traitée par ailleurs, n'est pas celle que nous privilégierons ici. Divers travaux ont en effet montré que l'accès à la justice est un processus social complexe qui se joue bien en amont de la seule saisine du juge<sup>12</sup>. Ce processus est tantôt figuré à la manière d'un entonnoir<sup>13</sup>, tantôt d'une pyramide<sup>14</sup>, dont le procès n'est que le goulot ou le sommet. L'émergence et la transformation des litiges supposent au préalable de percevoir l'expérience offensante (réaliser), d'en attribuer la faute à une entité (reprocher) et d'exprimer auprès de cette dernière le grief qui en résulte (réclamer). Ce n'est que lorsque la réclamation ne trouve pas d'issue favorable

juridique par une analyse de la signification des normes, en l'occurrence le droit au juge, déconnectée des faits sociaux.

11 - La principale d'entre elle réside dans le risque que les résultats déjà produits sur le sujet soient insuffisants ou fournissent une image préfabriquée de la problématique.

12 - BLANKENBURG E., « La mobilisation du droit. Les conditions du recours et du non-recours à la justice », *Droit et Société*, 28, 1994, p. 692.

13 - *Ibid.*, p. 691.

14 - PINTO L., « Du "pépin" au litige de consommation », *Actes de la recherche en science sociale*, mars 1989, 77-77, p. 65.

et, ce faisant, est transformée en litige que la question de la saisine du juge se pose<sup>15</sup>. Or, ces différentes phases du processus de mobilisation des organes juridictionnels sont autant de moments du non-recours au juge. Étant entendu que la plupart des filtres à l'accès au juge se situent lors des premières phases<sup>16</sup>, ce qui explique que seule une petite partie des expériences offensantes deviennent un jour des litiges<sup>17</sup>. Mais laissons cela.

Le second niveau de lecture – celui retenu ici – consiste à déterminer si, à l'occasion des différentes phases du processus de mobilisation des organes juridictionnels<sup>18</sup>, des circonstances de temps particulières – juridiques, politiques, sociales, psychologiques, etc. – sont susceptibles de participer au mouvement de non-recours au juge. En somme, et bien que les deux problématiques soient liées, analyser l'influence du moment sur le non-recours davantage que le moment où se produit le non-recours.

Les contours du sujet ainsi établis, lever le voile sur l'influence du moment sur le non-recours peut néanmoins faire problème tant tout y est question de moment sans l'être.

Tout y est question de moment car ce sont toujours des moments de non-recours auxquels on a affaire. Pour le dire autrement, l'analyse

15 - FELSTINER W. L.F., ABEL R.L., SARAT A., « L'émergence et la transformation des litiges : réaliser, reprocher, réclamer », *Politix*, 1991, n° 16, p. 41.

16 - Soit que les expériences ne sont pas perçues comme offensantes, soit que perçues comme telles elles ne sont pas transformées en griefs, soit encore que les griefs sont exprimés auprès d'intimes mais pas en direction de la personne jugée responsable (*ibid.*, p. 43).

17 - *Ibid.*

18 - D'un point de vue temporel, il nous semble en effet essentiel de ne pas limiter la problématique à la seule saisine des organes juridictionnels et de prendre en compte les premières phases – réaliser, reprocher, réclamer – du non-recours au juge. Car « une théorie des litiges ne s'intéressant qu'aux institutions mobilisées par les parties en conflit et aux stratégies de ces dernières serait sérieusement déficiente. Les premières phases – réaliser, reprocher, réclamer – sont significatives, non seulement à cause du haut degré de filtrage qu'elles reflètent, mais aussi parce que l'éventail de comportements qu'elles recouvrent est plus large que ceux liés aux phases plus tardives des litiges, lorsque les structures institutionnelles restreignent les options ouvertes aux parties en présence » (*ibid.*).

des comportements d'évitement du juge consiste à examiner « les facteurs déterminants les choix et les contraintes susceptibles d'orienter vers le recours ou le non-recours à un moment donné »<sup>19</sup>.

Tout y est question de moment sans l'être car le processus social qui conduit au non-recours est bien souvent le fruit d'un *continuum* dont l'aspect à première vue momentané s'inscrit en réalité dans une profondeur temporelle. La psychologie sociale enseigne en effet qu'un litige tel qu'il est vécu et les intentions qui l'accompagnent en termes de recours ou de non-recours au juge s'inscrivent dans une temporalité étendue, en prise avec le passé (les souvenirs, la mémoire...), le présent (les situations, les contextes...) et le futur (les projets, les intentions, les aspirations...) <sup>20</sup>. Par voie de conséquence, le moment est généralement le fruit d'une temporalité longue en matière de non-demande de justice.

Sans occulter ces difficultés, il s'agira de proposer des éléments de réflexion au sujet de l'incidence du moment sur le processus d'évitement de l'institution judiciaire et, par une forme de retour réflexif, parvenir à une meilleure connaissance du droit au juge<sup>21</sup>. Dans cette perspective et ainsi que le suggère Philippe Warin<sup>22</sup>, notre réflexion ne saurait se réduire aux seules explications comportementales individuelles. Elle portera également sur les politiques publiques d'accès à la justice afin de prendre en considération, non seulement les dispositions des justiciables, mais encore les contextes institutionnels dans lesquels celles-ci peuvent se déployer<sup>23</sup>.

19 - FIEULAIN N., KALAMPALIKIS N., HAAS V., *Usages du droit et représentations de la Justice. Enquête sur le (non) recours au droit*, Rapport pour la Mission de recherche Droit et justice, 2009, p. 70.

20 - BEAL A., KALAMPALIKIS N., FIEULAIN N., HAAS V., « Expériences de justice et représentations sociales : l'exemple du non-recours aux droits », *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, 2014, 3, p. 567.

21 - Une meilleure connaissance du droit au juge qui, dans la lignée du *legal realism* américain, constitue un préalable au renforcement de son effectivité.

22 - WARIN PH., *Le non-recours aux politiques sociales*, Presses universitaires de Grenoble, 2016.

23 - SPIRE A. et WEIDENFELD K., « Obtenir justice, une affaire de capital ? », *art. cit.*,

Une typologie entre deux formes de non-recours en raison du moment se fait alors jour<sup>24</sup> : le non-recours en raison du moment individuel (I) et le non-recours en raison du moment institutionnel (II).

## I. LE NON-RECOURS AU JUGE EN RAISON DU MOMENT INDIVIDUEL

Cette première forme de non-recours est celle où une personne en situation de justiciabilité renonce à s'adresser au juge en raison de circonstances qui lui sont propres et/ou qui sont spécifiques à l'expérience offensante qu'elle subit. Cela posé, une posture prudente semble nécessaire. Il nous faut postuler en effet que l'appréciation de l'élément matériel du moment est en proie à une multitude de variables et de déterminations plus ou moins conscientes. Les ressources personnelles, les représentations que l'on se fait de la justice<sup>25</sup>, les expériences passées ou non de justice<sup>26</sup>, la nature de l'entité responsable de l'expérience offensante et les rapports que l'on entretient avec elle<sup>27</sup>, la nature du litige et ses causes, le ressenti de l'individu vis-à-vis de l'expérience offensante<sup>28</sup>, son habitus, sa person-

p. 15.

24 - Nous reprenons ici la dichotomie proposée par WARIN PH., *Le non-recours aux politiques sociales*, *op. cit.*

25 - À titre d'exemple, les attitudes de défiance à l'égard de l'institution judiciaire « encouragent » le non-recours (FIEULAIN N., KALAMPALIKIS N., HAAS V., *Usages du droit et représentations de la Justice*, *op. cit.*, p. 20).

26 - Ainsi que le soulignent Alexis Spire et Katia Weidenfeld, l'existence « d'une socialisation à la procédure contentieuse, un premier contact avec la justice amorce l'apprentissage du fonctionnement de l'institution et accroît la possibilité d'y porter d'autres litiges » (« Obtenir justice, une affaire de capital ? », *art. cit.*, p. 17).

27 - La propension à ne rien faire en présence d'une expérience offensante est, par exemple, plus élevée lorsque l'administration publique est en cause (BLANKENBURG E., *art. cit.*, p. 695).

28 - Il a notamment été démontré que le processus de transformation d'une expérience offensante en litige est par définition instable puisque cette transformation peut « n'être rien d'autre que des changements de sentiments, et que les sentiments peuvent changer à maintes reprises » (FELSTINER W. L.F., ABEL R.L., SARAT A., *art. cit.*, p. 43).

nalité<sup>29</sup>, sont autant de dénominateurs qui influent sur la perception de circonstances particulières pourtant similaires. D'une expérience offensante à une autre, d'une catégorie sociale à une autre, peut-être même d'un individu à un autre, voire d'une période de vie à une autre chez un même individu, ces circonstances pourront être vécues de manière très différentes et impliquer des comportements diamétralement opposés en termes de mobilisation des organes juridictionnels. C'est pourquoi il est impossible d'affirmer *a priori* qu'un moment donné se soldera systématiquement par une non-demande de justice.

Cela étant gardé à l'esprit, des grandes tendances se dessinent néanmoins. Elles peuvent être regroupées en deux grandes idées.

#### **A. Le non-recours au juge en raison du moment individuel recouvre une multiplicité d'hypothèses**

Mettons ici de côté toute prétention à l'exhaustivité pour observer tout d'abord que, sur le plan matériel, le non-recours en raison du moment individuel peut embrasser la plupart des facteurs d'évitement de l'institution judiciaire. Parce que ces facteurs s'expriment parfois de façon temporaire, ils peuvent en effet être constitutifs de moments de non-recours au juge. La dimension psychologique des trajectoires de justice en est une illustration concrète. Nombreuses sont les hypothèses où l'expérience offensante n'est pas transformée en litige car, au moment où elle se produit, la personne qui la subit est suffisamment « armée » pour la rendre tolérable<sup>30</sup> ou, au contraire, trop « fragile » pour affronter, dans le cadre d'une procédure judiciaire, le supposé responsable de l'expérience offensante. De même, l'insuffisance de ressources financières pour supporter le coût d'un procès peut n'être que temporaire. Prenez pour seul exemple la situation d'un étudiant en école d'ingénieur victime d'une pratique commerciale déloyale.

Admettons que notre étudiant est seulement éligible à l'aide juridictionnelle partielle. L'argent qu'il devra investir personnellement dans le cadre d'un procès sera possiblement perçu comme un égarement au regard de son budget. Un égarement suffisamment important pour freiner l'action judiciaire? Probablement. Imaginez désormais ce même étudiant quelques années plus tard. Le voilà entré dans la vie active. Les circonstances financières qui l'ont conduit par le passé à ne pas s'adresser au juge n'ont plus lieu d'être. Assisterions-nous à un comportement judiciaire identique? Rien n'est moins sûr<sup>31</sup>.

Mais n'insistons pas davantage. On le voit, la plupart des facteurs d'évitement du juge peuvent s'exprimer de façon seulement temporaire si bien que les hypothèses de non-recours en raison du moment sont susceptibles d'être, sinon infinies, particulièrement nombreuses. Sous couvert de cette précision, nous souhaiterions attirer l'attention sur le fait que certains de ces facteurs sont, par nature, davantage circonstanciés et temporaires.

Cela peut se donner à voir autour de trois exemples.

Le premier exemple est celui où, au cours de la trajectoire judiciaire, intervient un événement qui apaise la personne victime d'une injustice sans pour autant résoudre le problème qui en est à l'origine. Cette situation semble assez fréquente dans le cadre des litiges de consommation où le consommateur fait défection après avoir pris la parole. La possibilité de signifier le problème auprès de l'entité responsable suffit pour lui à le résoudre<sup>32</sup>.

En témoigne cette fonctionnaire de 60 ans :

« Quelques fois, c'est aussi important de réagir comme ça en disant à la personne : "Et bien voilà, il s'est passé ça". Comme avec la conseillère clientèle. C'est aussi important de prendre sa plume et d'aller devant

29 - « Les variables de la personnalité qui peuvent affecter les transformations comprennent le goût du risque, la combativité, ainsi que les opinions relatives à l'efficacité individuelle, à la vie privée, à l'indépendance et à la foi en la justice (*l'esprit légaliste*) » (*ibid.*, p. 45).

30 - En ce sens, v. FIEULAIN N., KALAMPALIKIS N., HAAS V., *Usages du droit et représentations de la Justice, op. cit.*, p. 71.

31 - Nous forçons volontairement le trait à travers cet exemple. Alors même que des circonstances financières défavorables ne se soldent pas toujours par un non-recours, le comportement judiciaire sera également conditionné par un ensemble d'autres variables et déterminants.

32 - Sur cette question, v. HEURTIN J.-PH. et HO DINH A.-M., *op. cit.*, p. 62.

le juge ou le directeur général de la banque. Ce n'est pas la même démarche. C'est un peu la même finalité, mais c'est pas la même démarche »<sup>33</sup>.

Le deuxième exemple regroupe les hypothèses où la personne qui subit l'expérience offensante estime que le moment n'est stratégiquement pas opportun pour obtenir gain de cause devant le juge. Le non-recours peut ainsi résulter d'un désaccord au sujet de l'offre de justice du moment, tel qu'un vide ou un flou jurisprudentiel source d'incertitudes quant à l'issue du procès, ou encore un revirement pressenti de jurisprudence défavorable à sa situation. Dans un autre registre, le non-recours pourra être privilégié lorsque l'on considère que le litige, au stade où il en est, a plus de chance de se résoudre par d'autres biais qu'une action en justice. Cette stratégie de non-recours est très courante. Les litiges de consommation, là encore, en offrent un bon exemple. Ils donnent à voir que la résolution amiable est généralement préférée lorsque la substitution du bien est encore possible<sup>34</sup>. Dans le domaine des conflits sociaux également, la prudence conduit bien souvent à éviter dans un premier temps le recours au juge. Soit que l'on estime qu'un tel recours ouvrirait « *un espace d'hostilité publique qui pourrait devenir un socle conflictuel plus important : "ça s'envenimerait"* »<sup>35</sup>. Soit que l'on entend avant tout privilégier la résolution du conflit sur le terrain de la lutte syndicale que l'on juge culturellement plus efficace<sup>36</sup>.

Bref, la mobilisation de l'institution judiciaire n'est bien souvent envisagée qu'au dernier moment, ainsi que l'illustre cette déclaration d'un permanent d'une union syndicale de la CGT :

« Le recours à l'avocat, c'est vraiment quand il y a le feu, parce que pour nous c'est pas à un juge à décider de l'avenir d'un conflit, à

décider si les revendications sont légitimes ou non » (Permanent de l'US, journal de terrain, février 2005)<sup>37</sup>.

Bien entendu, le non-recours ne peut être que temporaire. Mais l'action en justice n'interviendra qu'en dernier lieu, lorsque les autres voies d'action se sont avérées infructueuses. Du reste, et si l'on prend le temps de porter le regard là où la psychologie sociale de la justice nous y invite, on observera que le recours au juge intervient la plupart du temps dans des situations de trop-plein, lorsque le conflit perdure depuis un long moment et que le niveau d'injustice est devenu insupportable<sup>38</sup>.

Le troisième et dernier exemple renvoie à ce que l'on pourrait appeler les non-demandes de justice par intervention d'un tiers. En un mot, les hypothèses où, à un moment du processus de mobilisation des organes juridictionnels, une personne extérieure au litige dissuade celle qui subit l'expérience offensante de la pertinence d'une action en justice. On sait en effet grâce à la sociologie du droit que le capital social joue un rôle décisif dans l'orientation des trajectoires judiciaires<sup>39</sup>. De même, les travaux en psychologie sociale de la justice enseignent que « *les témoins du conflit, les coupables désignés, les acteurs du support social, les agents des institutions mobilisés le cas échéant, sont autant d'acteurs sociaux qui interviennent dans la trajectoire de recours, facilitant, freinant ou modifiant sa mise en œuvre* »<sup>40</sup>.

Sur ces bases, deux catégories de tiers semblent exercer une influence relativement forte sur la décision de recourir ou non au juge : les syndicats et, surtout, les avocats.

Les premiers mettent régulièrement en garde contre l'efficacité limitée du recours à l'arme juridique<sup>41</sup>. Une illustration évocatrice,

33 - *Idem*.

34 - PINTO L., *art. cit.*, p. 65.

35 - ASTIER I. ET LAÉ J.-F., *Aller ou non aux prud'hommes? Un accès difficile à la justice du travail*, Rapport pour la Mission de recherche Droit et justice, 2009, p. 67.

36 - En ce sens, v. GIRAUD B., « Quand on va au juridique, c'est qu'on a déjà perdu ». Le droit comme contrainte dans les mobilisations syndicales », *Politix*, 2017, 2, pp. 145-146, p. 154.

37 - *Ibid.*, p. 145.

38 - En ce sens, v. FIEULAIN N., KALAMPALIKIS N., HAAS V., *Usages du droit et représentations de la Justice*, *op. cit.*

39 - SPIRE A. et WEIDENFELD K., « Obtenir justice, une affaire de capital ? », *art. cit.*, p. 15.

40 - FIEULAIN N., KALAMPALIKIS N., HAAS V., *Usages du droit et représentations de la Justice*, *op. cit.*, p. 70.

41 - En ce sens, voir l'étude de GIRAUD B., *art. cit.*, p. 131.

parmi d'autres, est donnée par la réponse de ce secrétaire d'une union syndicale de la CGT adressée à un adhérent qui demande les recours juridiques à sa disposition vis-à-vis d'un avertissement de son employeur en réaction à son refus d'un changement d'horaire de travail :

« Aller au tribunal cinquante fois, ça ne résoudra pas le problème. [...] Ce qui sera vraiment efficace [...], c'est un rapport de force plus favorable dans l'entreprise. [...] La solution à ces illégalismes, qui existent vraiment, elle n'est pas dans le juge. Ce sont des procédures longues, qui coûtent cher, une fois vous gagnez, une fois vous perdez. [...] Ce qui va te protéger, c'est pas le droit, c'est ton action avec le syndicat, c'est le rapport de force que tu vas créer avec lui » (Stage de formation au comité d'entreprise de l'US, novembre 2005)<sup>42</sup>.

Les seconds, en tant que professionnels du droit reconnus ès qualité, sont, « *de tous les agents présents dans la transformation des litiges, [...] probablement les plus importants* »<sup>43</sup>. De nombreuses études publiées aux États-Unis rendent compte de l'influence considérable exercée par les avocats sur leurs clients<sup>44</sup>. Parce qu'ils savent anticiper les pertes et les profits de l'action en justice<sup>45</sup>, ils ont parfois vocation à « refroidir » les prétentions judiciaires de leurs clients et à être écoutés.

En atteste la réaction de cet étudiant de 27 ans interrogé sur le fait de savoir au-delà de quel seuil économique il renoncerait à son action en justice :

« Bah ça dépend de mes chances de réussir tout simplement. Si mon avocat me dit que ce n'est pas la peine, bon, ça va m'embêter, mais je ne suis pas bête et je ne continuerai pas. Mais je ne l'estimerai pas de moi-même »<sup>46</sup>.

Du fait de leur autorité, les avocats maintiennent en somme un contrôle sur le déroulement du litige<sup>47</sup>. L'entreprise de découragement

n'est cependant pas toujours altruiste. Stewart Macaulay a ainsi révélé que dans les affaires de consommateurs, les avocats américains peuvent répugner appuyer des réclamations légitimes, mais dont la somme d'argent en cause est relativement faible, de peur d'offenser des clients potentiels tels que des hommes d'affaires. « *Les solutions typiques sont (sans toutefois être systématiques) : l'avocat "refroidit" le client en le (ou la) convainquant que le grief n'est pas sérieux, qu'on ne peut pas y remédier, ou, tout simplement, qu'il ne vaut pas la peine qu'on y donne suite* »<sup>48</sup>.

### **B. Le non-recours au juge en raison du moment individuel s'explique différemment selon le volume de capital procédural**

C'est un fait, certains justiciables en raison de leur origine sociale sont, pour paraphraser Pierre Bourdieu et Jean-Claude Passeron<sup>49</sup>, davantage voués que les autres à être exclus du système judiciaire. On en veut pour preuve la sous-représentation devant les tribunaux des ouvriers, des employés et des fonctionnaires de catégorie C<sup>50</sup> qui, faute notamment de ressources suffisantes, renoncent fréquemment à leur droit de recourir au juge.

Cela étant dit, le non-recours au juge ne saurait se limiter aux catégories sociales les plus précaires. Il concerne, dans des proportions certes différentes, l'ensemble des justiciables. La non-demande de justice en raison du moment n'échappe pas à la règle. Il se peut, en revanche, que l'influence de circonstances temporelles particulières sur le non-recours s'exprime en des termes sensiblement différents selon l'origine sociale. Les données manquent sur ce point. Nous avancerons néanmoins l'idée, qui gagnerait à être vérifiée empirique-

48 - MACAULAY S., « Lawyers and consumers protection laws », *Law and society review*, 1979, rapporté par FELSTINER W. L.F., ABEL R.L., SARAT A., *art. cit.*, p. 48.

49 - BOURDIEU P. et PASSERON J.-C., *La reproduction, éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Les éditions de minuit, 1970.

50 - En ce sens, v. : LARHER-LOYER CH. (dir.), *Justice et justiciables : les enseignements d'une année de jurisprudence des Cours d'appel d'Angers et de Rennes*, Ministère de la Justice – CDJO, 1987 ; SPIRE A. et WEIDENFELD K., « Les usages sociaux de la justice administrative », *art. cit.*, p. 75 ; « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? », *art. cit.*, p. 689.

42 - *Ibid.*, pp. 140-141.

43 - FELSTINER W. L.F., ABEL R.L., SARAT A., *art. cit.*, p. 47.

44 - *Ibid.*

45 - En ce sens, v. BLANKENBURG E., *art. cit.*, p. 698.

46 - Extrait d'HEURTIN J.-PH. et HO DINH A.-M., *op. cit.*, p. 76.

47 - FELSTINER W. L.F., ABEL R.L., SARAT A., *art. cit.*, p. 47.

ment, que l'inaction sera davantage choisie – c'est-à-dire stratégique – ou subie en fonction du volume de capital procédural<sup>51</sup>.

Reprenons ces deux hypothèses.

L'inaction sera principalement choisie chez les individus et les organisations qui disposent d'un volume de capital procédural élevé. En mesure de mobiliser d'importantes ressources économiques, culturelles et sociales pour faire valoir leurs droits, ces personnes sont plus à même de déceler, au regard des circonstances du moment, où est leur intérêt en termes de recours et de non-recours. Elles savent élaborer des tactiques sur le terrain judiciaire, mobiliser les normes juridiques pertinentes, s'adresser aux professionnels du droit les plus à même de les conseiller ce qui leur permet d'envisager le recours juridictionnel de façon stratégique. Elles sont « avec le droit »<sup>52</sup>. Or, cela facilite grandement les calculs rationnels de type bilan coût/avantage quant à l'opportunité d'introduire une action en justice au regard de circonstances temporelles particulières.

Ainsi, en matière de contentieux fiscaux, les directeurs financiers d'entreprises se retrouvent rarement parmi les requérants des tribunaux administratifs car ils ont conscience que la temporalité du contentieux juridictionnel n'est stratégiquement pas adaptée à leur situation professionnelle. Il s'agit en effet de personnes qui restent rarement plus de 2 ou 3 ans à leur poste, de sorte que « l'incertitude qui découle d'une attente de plusieurs années avant que le tribunal ne tranche renforce leur propension à transiger avec l'administration »<sup>53</sup>. De même, dans le cadre de conflits sociaux collectifs, les syndicats ont les moyens de déterminer si les circonstances sont propices à une action en justice. Ils savent s'entourer d'avocats spécialisés qui leur prodiguent des conseils avisés en termes de stratégie judiciaire ; par exemple ne pas assigner

l'employeur en justice à ce moment-là de la grève car ce dernier a plus d'armes juridiques que le syndicat<sup>54</sup>.

Plus encore, on plaidera que l'inaction stratégique est susceptible de trouver public chez les joueurs répétés, c'est-à-dire ceux qui font le plus souvent appel aux tribunaux<sup>55</sup>. Forts de leurs expériences passées de justice, ces derniers héritent en quelque sorte d'un « habitus juridique ». La psychologie sociale dirait qu'ils « revendiquent un relatif degré d'expertise et d'autonomie dans les démarches de droit, rendant saillant le "savoir expérimentiel" dans les pratiques de recours »<sup>56</sup>. Surtout, les joueurs répétés portent un œil avisé sur l'évolution de la règle de droit en y intégrant la dimension jurisprudentielle<sup>57</sup>. Aussi peut-on supposer qu'ils comptent parmi les mieux placés pour identifier des circonstances jurisprudentielles de nature à hypothéquer leurs chances de succès.

L'inaction en raison du moment sera, en revanche, essentiellement subie chez les agents sociaux dont le volume de capital procédural est faible.

D'une part, car l'insuffisance de leurs ressources les expose plus que les autres à des circonstances de temps défavorables (difficultés financières par exemple). Ces circonstances peuvent d'ailleurs se manifester une fois le juge saisi et donner lieu à des situations de non-réception de l'offre de justice par abandon de la demande. Les juridictions prud'homales en offrent de – trop – nombreux exemples. Les salariés renoncent à leur action en justice en cours d'instance car leur situation matérielle a changé. Bien souvent plusieurs mois s'écoulent avant que l'affaire ne soit jugée et le moment n'est plus à

54 - Sur ce point, v. GIRAUD B., *art. cit.*, p. 53.

55 - Sur cette question, v. GALANTER M., « Pourquoi c'est toujours les mêmes qui s'en sortent bien? Réflexions sur les limites de la transformation par le droit », *Droit et société*, 2013, 85, p. 575.

56 - BEAL A., KALAMPALIKIS N., FIEULAIN N., HAAS V., « Expériences de justice et représentations sociales : l'exemple du non-recours aux droits », *art. cit.*, p. 567.

57 - ISRAËL L., « Joue-t-on devant la justice? Retour sur un article célèbre de Marc Galanter », *Délibérée*, 2019, 1, p. 25.

51 - Nous empruntons ici à la typologie d'Erhard Blankenburg (en ce sens, v. SAYN I., *op. cit.*).

52 - PÉLISSE J., « A-t-on conscience du droit? Autour des legal consciousness studies », *Genèses*, 2005, n° 59, p. 123.

53 - SPIRE A. ET WEIDENFELD K., « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés? », *art. cit.*, p. 704.

obtenir gain de cause mais au paiement des dettes, à la recherche d'un emploi, au déménagement si besoin. « *La vraie ligne de partage, c'est la temporalité. Inégale, faut-il le dire, entre celle de l'entreprise et celle de l'individu au travail. Autre ligne de partage, le conflit est une fêlure personnelle qui isole le salarié, tandis que pour l'employeur, elle est essentiellement comptable. Dans cet affrontement, un seul côté est défait par le temps qui passe* »<sup>58</sup>. Bref, le rapport à l'avenir étant plus incertain chez les personnes en situation de précarité, le risque de circonstances défavorables s'accroît à mesure que la procédure juridictionnelle se prolonge.

D'autre part, parce que, faute notamment de ressources suffisantes, leur profil est généralement celui d'un joueur unique ou occasionnel. Or, on sait que « *l'inaction subie concerne des individus confrontés de manière exceptionnelle à un différend et qui, par manque de connaissances et d'initiative pour consulter des personnes compétentes, ne passent pas le palier de la mobilisation du droit* »<sup>59</sup>. Contrairement aux joueurs répétés, ils ne disposent pas d'une capacité d'action routinière et rationnelle propice à l'élaboration de stratégies judiciaires au regard des circonstances du moment. Ils ont « *trop (ou à l'inverse trop peu) à perdre ou à gagner dans le procès pour développer le même type de rationalité* »<sup>60</sup>.

Nul besoin d'insister. Les justiciables ne semblent pas égaux face à la problématique du non-recours au juge en raison du moment. Selon leur volume de capital procédural, l'inaction sera plus ou moins subie ou stratégique. Ajoutons à cela qu'aux circonstances individuelles de non-recours viennent se greffer des moments institutionnels.

## II. LE NON-RECOURS AU JUGE EN RAISON DU MOMENT INSTITUTIONNEL

D'abord, le moment institutionnel renvoie aux situations où, d'un point de vue temporel, il n'est juridiquement plus possible de recourir. Le juge est bel et bien saisi. Mais le justiciable, par inadver-

58 - ASTIER I. ET LAÉ J.-F., *op. cit.*, p. 82.

59 - SAYN I., *op. cit.*

60 - ISRAËL L., *art. cit.*, p. 25.

tance ou par méconnaissance des règles de procédure, s'adresse à lui au-delà du délai légal applicable<sup>61</sup>. En quelque sorte, ce n'est juridiquement plus le moment de recourir. Le juge n'a d'autre option que de conclure à l'irrecevabilité du recours. Le requérant déclaré forclus dans le cadre du contentieux de l'annulation des actes administratifs, ou encore le non-respect des règles de prescription en matière civile et pénale en sont des illustrations classiques. Le non-recours prend alors la forme d'une non-réception de l'offre de justice.

Ensuite, les pratiques des institutions publiques peuvent par moments influencer de façon significative la non-demande de justice. Un exemple évocateur, parmi d'autres, est donné par la diminution du contentieux du droit des étrangers devant le tribunal administratif de Lille au milieu des années 2000. À cette époque, on assiste, dans la plupart des départements, à une augmentation des recours devant les juridictions administratives en raison de la multiplication des refus de délivrance de titres de séjour. Le tribunal administratif de Lille, au contraire, enregistre une baisse sensible. En cause, un accord « *entre la préfecture et les différentes associations de soutien aux étrangers, prévoyant que celles-ci puissent présenter entre 60 et 100 dossiers par mois et que l'administration accepte d'en régulariser une part significative, tout en gardant la maîtrise totale de la gestion de la négociation* »<sup>62</sup>.

Mais il y a plus. Le non-recours au juge en raison du moment institutionnel peut résulter de politiques normatives de régulation de l'accès à la justice. Nous avons déjà eu l'occasion d'analyser ces politiques dans le cadre de précédents travaux<sup>63</sup>. Leur caractère conjoncturel et les récentes évolutions sur le sujet méritent néanmoins que l'on y revienne brièvement.

61 - De fait, le capital procédural joue là encore un rôle déterminant.

62 - SPIRE A. et WEIDENFELD K., « Les usages sociaux de la justice administrative », *art. cit.*, p. 82.

63 - LÖHRER D., « Les politiques managériales de régulation de l'accès au juge ou le spectre d'une économie à courte vue », in PARDINI J.-J. et PAYAN G. (Dir.), *La régulation des recours juridictionnels et les exigences du procès équitable*, PUAM, 2020, p. 193.

Allons à l'essentiel pour rappeler que l'on voit émerger en France depuis quelques années une nouvelle doxa managériale orientée autour de la problématique du coût et de l'accroissement de la demande de justice<sup>64</sup>. Le discours prend appui sur une logique de maîtrise budgétaire dans le but de légitimer des réformes consistant à générer des économies – à courte vue<sup>65</sup> – au moyen d'une régulation des flux contentieux. En somme, une rationalité managériale justifiée par la circonstance d'un contexte budgétaire contraint. Rationalité managériale dont l'architecture judiciaire<sup>66</sup> et, de façon peut être plus inquiétante encore, le juge lui-même semblent se faire le relais. L'arrêt *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, par lequel le Conseil d'État ferme la porte à l'invocation des vices de forme et de procédure affectant un acte réglementaire une fois le délai de recours contentieux expiré, suffit à s'en convaincre<sup>67</sup>. Mais passons.

L'objectif de ces réformes est double.

D'une part, réaliser des économies directes. Cela peut prendre la forme d'une augmentation des coûts à l'entrée dans une perspective d'internalisation des externalités négatives des procès. La taxe judiciaire de 225 euros dont doivent s'acquitter depuis 2009 les justiciables qui font appel d'un jugement de première instance en est une illustration concrète<sup>68</sup>. Il peut également s'agir de diminuer le

coût de la justice par le biais d'économies d'échelle. Les réformes judiciaires de 2007 et de 2019 procèdent de cette dynamique. Elles reposent toutes deux sur une logique de mutualisation des moyens. La première par la suppression de près de 400 tribunaux. La seconde par le biais d'une dématérialisation des procédures de saisine et d'une fusion des tribunaux d'instance et de grande instance au sein de ce que l'on nomme désormais les tribunaux judiciaires. Enfin, des économies directes sont recherchées par la mise en œuvre de politiques de restriction de l'aide juridictionnelle. Voyez, par exemple, la substitution en 2006 d'un crédit limitatif au crédit jusqu'alors évaluatif du budget alloué à une telle aide<sup>69</sup>.

D'autre part, générer des économies indirectes – plus invisibles – en raison des gains engendrés par l'effet de déjudiciarisation. Gardons bien à l'esprit que les économies directes rendues possible par ces politiques managériales sont autant de frais supplémentaires pour le justiciable qui doit déjà supporter les coûts inhérents à une action en justice. Non seulement des frais directs, par exemple lorsque le justiciable participe au financement du service public de la justice en s'acquittant du paiement de taxes judiciaires, mais encore des frais indirects, tels que ceux liés à la réforme de la carte judiciaire<sup>70</sup>. L'éloignement des tribunaux des territoires les plus reculés se traduit en effet par une augmentation des coûts d'accès à la justice pour certains justiciables, ne serait-ce qu'en termes de transport<sup>71</sup>.

Or, ces frais supplémentaires, nous l'avons souligné par ailleurs<sup>72</sup>, accentuent sensiblement la non-demande de justice. On sait, par exemple, qu'au sein des déserts judiciaires auxquels a laissé place la

64 - Pour une approche approfondie, v. VIGOUR C., « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », *Droit et société*, 2006, 63-64, p. 425.

65 - Ces économies de coûts ne prennent pas en compte les coûts sociaux qu'elles induisent et qui se révèlent potentiellement bien plus élevés que les économies immédiates générées par l'effet de régulation (en ce sens, v. LÖHRER D., *art. cit.*, p. 193).

66 - Nous renvoyons sur cette question le lecteur à DELAPORTE F., « Vers une architecture judiciaire managériale : l'exemple du futur palais de justice de Lille », *Délibérée*, 2018, 1, p. 55.

67 - CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, n° 414583. Pour un commentaire critique, v. DE BÉCHILLON D., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA*, 2018, p. 662.

68 - Art. 54 de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010.

69 - Sur ce point, v. DÉTRAIGNE Y. ET SUTOUR S., *Avis présenté au nom de la commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2006, Tome III. Justice et accès au droit*, Sénat, 2005, p. 69.

70 - LÖHRER D., *art. cit.*, p. 196.

71 - En ce sens, v. CHAPPE N., OBIDZINSKI M., GIRAUD R., « Analyse économique de l'accès au juge », in DONIER V. et LAPÉROU-SCHNEIDER B. (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruylant, 2013, pp. 381-382.

72 - LÖHRER D., *art. cit.*, p. 199.

réforme de 2007<sup>73</sup>, les tribunaux d'instance regroupés ont enregistré une diminution de la demande de justice de plus de 20 %<sup>74</sup>. Étant entendu que ce non-recours – contraint et subi – concerne au premier chef les personnes en situation de précarité. On en veut pour preuve la diminution de 10 % à 31 % du nombre de dossiers d'aide juridictionnelle devant la plupart des TGI entre 2006 et 2011<sup>75</sup>. Situation que ne devrait d'ailleurs pas arranger le mouvement de dématérialisation de la justice entrepris par la réforme de 2019<sup>76</sup>.

C'est peu de chose de le dire, les politiques managériales de régulation des flux contentieux emportent des conséquences particulièrement pernicieuses en termes de non-recours. Justifiées au nom de contraintes budgétaires conjoncturelles, ces politiques s'apparentent bel et bien à des moments institutionnels de non-recours. En cela, elles nous rappellent l'absolue nécessité de ne pas réduire l'analyse du non-recours au juge en raison du moment aux seules explications comportementales individuelles.

---

73 - L'expression fait référence à des territoires privés de toute implantation judiciaire sur plus de 100 km.

74 - BORVO COHEN-SEAT N. ET DÉTRAIGNE Y., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la réforme de la carte judiciaire*, Sénat, 2012, p. 105.

75 - DAËL S., JANAS M. ET BAKRY M.-R., *Mission sur l'évaluation de la carte judiciaire*, 10 février 2013, p. 23.

76 - Pour les précaires numériques, soit environ 6 millions de personnes en France, la dématérialisation signifie bien souvent renoncer à faire valoir ses droits (DÉFENSEUR DES DROITS, *Rapport annuel d'activité 2015*, p. 18).

LA DISSUASION À L'EXERCICE DU RECOURS ET LE MOMENT :  
L'EXEMPLE DE LA LOI ELAN

*Juliette Barbier*

*Doctorante en droit public – UPPA – PDP*

Construire plus, mieux et moins cher. Tel est l'objectif annoncé par le titre I<sup>er</sup> de la loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique<sup>1</sup>. Cette loi-fleuve de plus de 200 articles entend apporter des réponses concrètes aux problématiques du logement et de l'aide aux plus démunis. Parallèlement à d'autres mesures comme celles visant à simplifier l'acte de construire, la loi s'attaque à l'amélioration du traitement du contentieux de l'urbanisme, poursuivant ainsi le travail de modification profonde initié par le pouvoir réglementaire<sup>2</sup>.

Ce n'est pas la première fois que les pouvoirs publics s'interrogent sur l'opportunité de réformer celui-ci. Pour ne citer qu'un exemple, en 2013, le rapport du Président Labetoulle<sup>3</sup> avait pour objet de trouver « un meilleur équilibre » entre construction et droit au recours et fut à l'origine de plusieurs textes comme l'ordonnance de 2013<sup>4</sup> relative au contentieux de l'urbanisme, ou même la loi dite

---

1 - Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JO n° 0272 du 24 novembre 2018.

2 - Décret n° 2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du code de justice administrative et du code de l'urbanisme (parties réglementaires), JO n° 0163 du 18 juillet 2018.

3 - DUFLLOT C., *Construction et droit au recours : pour un meilleur équilibre*, 25 avril 2013.

4 - Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme.

« Macron » de 2015<sup>5</sup>. Cette dernière a entre autres largement limité les cas d'ouverture d'une action civile en démolition en ne l'autorisant aux tiers et au préfet que dans certaines zones particulièrement protégées. Une aubaine pour les promoteurs qui, en cas de contestation de leur permis, devaient bloquer l'avancée des travaux de peur que leur bâtiment ne doive finalement être démoli<sup>6</sup>. En 2018, c'est le rapport du groupe de travail Maugué<sup>7</sup> qui vient inspirer la loi ELAN. Effectivement, le besoin de limiter les recours contre les autorisations d'urbanisme reste palpable : les modèles familiaux évoluent, entraînant des besoins supplémentaires en termes de constructions, besoins qui ne peuvent être comblés en raison d'une distorsion parfois très importante entre l'offre et la demande. Plus exactement, soit l'offre est trop faible et le manque de logements se fait gravement sentir, soit elle est trop forte mais constituée de logements qui ne trouvent pas preneurs. Et les réformes se succèdent sans régler ces problèmes tenaces.

C'est précisément autour de ce *moment* - au sens d'intervalle de temps<sup>8</sup> -, en réaction à ce contexte instable, que les différentes modifications du contentieux de l'urbanisme ont été pensées. Les recours exercés contre les autorisations d'urbanisme en sont d'ailleurs une parfaite illustration.

Hormis les mesures que nous croiserons dans notre étude, il nous faut signaler à ce stade trois dispositions issues du mouvement de réforme dont la loi ELAN constitue le point d'orgue et qui ont fait couler beaucoup d'encre :

- d'abord, le décret de juillet 2018 a modifié l'article R. 811-1-1 du code de justice administrative qui prévoit désormais que

5 - Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JO n° 0181 du 7 août 2015, p. 13537.

6 - Cela dit, la loi ELAN permet finalement au préfet d'agir même en dehors des zones prévues au 1° de l'article L. 480-13 du code de l'urbanisme.

7 - MAUGÜÉ Ch., *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace*, décembre 2017.

8 - Selon le dictionnaire de l'Académie française.

« les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort sur les recours contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement lorsque le bâtiment ou le lotissement est implanté » en zone tendue (cette suppression de la possibilité d'appel s'appliquant aux recours engagés entre le 1<sup>er</sup> décembre 2013 et le 31 décembre 2022). Ici, il ne s'agit pas d'une stratégie de dissuasion puisqu'on supprime ni plus ni moins une possibilité d'appel. La dissuasion permet plutôt, en effet, de « détourner [les tiers] d'une résolution prise ou de l'exécution d'un dessein par des conseils, éventuellement par des menaces »<sup>9</sup> ;

- ensuite, le législateur a introduit une limitation des moyens utilement invocables dans un recours contre une autorisation, en présence d'une illégalité affectant un document d'urbanisme. En effet, l'article L. 600-12-1 du code de l'urbanisme dispose désormais que « l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'un document d'urbanisme en tenant lieu ou d'une carte communale sont par elles-mêmes sans incidence sur les décisions relatives à l'utilisation du sol ou à l'occupation des sols régies par le présent code délivrées antérieurement à leur prononcé dès lors que ces annulations ou déclarations d'illégalité reposent sur un motif étranger aux règles d'urbanisme applicables au projet » ;
- enfin, les pouvoirs publics ont pris le problème des délais de jugement à bras-le-corps, sans attendre la loi, en prévoyant que « le juge statue dans un délai de dix mois sur les recours contre les permis de construire un bâtiment comportant plus de deux logements ou contre les permis d'aménager un lotissement [...] » (selon l'article R. 600-6 du code de l'urbanisme).

L'ensemble de la réforme repose sur l'idée qu'une possibilité trop aisée de recours contentieux a conduit à un encombrement des juridictions et à une immobilisation de la construction, dans un

9 - Selon le dictionnaire de l'Académie française.

contexte relativement compliqué en matière d'offre de logements. Pour autant, le droit de recourir au juge est un droit fort protégé. Il s'agirait même du premier des droits fondamentaux car s'il n'est pas garanti, les autres droits ne sauraient l'être non plus. Le Conseil constitutionnel a fait du droit d'exercer un recours devant le juge un principe à valeur constitutionnelle<sup>10</sup> tandis que l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale [...]* ». Il ne s'agit donc pas de nier ce droit. C'est la raison pour laquelle une stratégie de dissuasion a plutôt été privilégiée, et les réformes ont peu à peu permis de développer de nouveaux outils à cet effet. Précisément, le fait de restreindre l'intérêt à agir, de complexifier les procédures ou de réduire les délais de contestation a pour but de décourager les requérants potentiels, d'éveiller en eux un questionnement sur l'utilité d'un recours.

En réalité, le problème de l'exercice de recours n'est pas central : la véritable épine dans le pied des bâtisseurs est la durée du traitement contentieux. Le dépôt d'un recours entraîne en effet un gel de l'opération, contrariant les objectifs de construction : même si la saisine du juge n'est pas censée être suspensive, la pratique démontre que les financeurs sont frileux à l'idée de débloquer les fonds nécessaires avant que toute possibilité de contestation ne soit purgée. Or, si contestation il y a, la procédure engagée peut durer des années. Bien sûr, les recours et leurs effets ne sont pas les seuls responsables – la complexité du droit présentant aussi son lot de défauts –, mais l'objectif ici visé est d'expliquer comment le contexte immobilier, et ce que d'aucuns qualifient de culture du recours à la française, entravent l'extension de l'offre de logements. Notons que le problème ne réside pas non plus dans le nombre de recours déposés, mais davantage dans le fait que les contestations concernent souvent

des ensembles immobiliers et sont concentrées dans certaines villes (comme Marseille ou Lyon)<sup>11</sup>. D'ailleurs, le nombre total de recours ne vise que de 1,2 à 1,6 % des permis<sup>12</sup>.

C'était donc inévitable : la loi ELAN ne fait pas l'unanimité, particulièrement du point de vue des droits fondamentaux. Excepté, par exemple, le droit au recours, c'est le principe constitutionnel de liberté d'association qui serait excessivement impacté par les nouveaux dispositifs. À la manière d'autres pays européens, comme l'Espagne, nous verrons que la France a limité l'intérêt à agir des associations, allant à l'encontre des préconisations du rapport Maugué sur cette question<sup>13</sup>.

Répetons-le, cet encadrement des recours est dû au contexte particulier de crise du logement que connaît la France : non seulement bon nombre de constructions sont bloquées, mais celles qui parviennent à être menées à bien sont proposées à des prix parfois considérables. Si dans de nombreuses villes, les ventes sont tout de même en hausse, il n'en demeure pas moins que la baisse du pouvoir d'achat ne facilite pas l'accession à des logements confortables pour ce qui concerne les foyers modestes. Brièvement, la fin du xx<sup>e</sup> siècle a été marquée par une chute vertigineuse de la construction de logements sociaux dès les années 1980, puis par une crise immobilière dans les années 1990 ; le début du xxi<sup>e</sup> siècle a révélé un sérieux décalage entre l'offre et la demande, puis la crise économique de 2008 a contrarié énormément de projets immobiliers. Ce contexte encourage la mise en place de mesures visant à réguler les recours. Pas parce qu'ils

11 - En ce sens, NOGUELLOU R., « La réforme du contentieux de l'urbanisme », *AJDA*, 2019, p. 107 : « certes, rapporté au nombre de permis délivrés, le nombre de recours peut paraître limité mais, d'une part, les chiffres disponibles ne rendent pas parfaitement compte de la réalité du phénomène dès lors que dans de nombreux cas, une transaction a lieu avant que le juge soit saisi et, d'autre part, le problème tient à ce que ce sont les projets les plus ambitieux en termes de production de logements qui font l'objet de recours qui, dans certaines communes, peuvent être systématiques. Le poids des recours ne doit ainsi pas être rapporté au nombre de permis de construire mais au nombre de logements bloqués ».

12 - MAUGUÉ Ch., *op. cit.*, p. 4.

13 - *Ibid.*, p. 5.

10 - CC, 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

seraient tous abusifs, mais bien parce qu'il faut s'assurer qu'au vu des inconvénients qu'ils présentent, les requérants ont vraiment intérêt à contester les permis, et que la contestation s'insère dans des délais raisonnables. Cette question temporelle est d'autant plus importante que « *le délai moyen de jugement des recours contre les permis de construire en particulier est de deux ans en première instance, de seize à dix-huit mois en appel et de quatorze mois en cassation* »<sup>14</sup>. Dès lors, pour préparer la venue du « choc de l'offre » tant attendu par les pouvoirs publics, il importe de dénouer les tensions du marché de la construction.

C'est en prenant en compte ce moment particulier que la loi ELAN a élaboré une stratégie dissuasive permettant de concilier les nécessités de la sécurité juridique et du droit au juge. Notre étude se propose de démontrer que ce moment, cette période de tension immobilière ininterrompue, a bien une influence sur la possibilité d'introduire une instance, puisque l'exercice du droit au recours des tiers conduit à l'insécurité juridique des titulaires de permis ainsi qu'à la fragilisation de leur projet. Le procédé est pragmatique : les recours entravent la nécessaire réalisation de constructions, alors il faut les encadrer. La loi ELAN est ainsi la traduction d'un besoin omniprésent de limiter la faculté de contester une autorisation d'urbanisme (I). Pour répondre à cet impératif, le législateur a imaginé des procédés qui ont pour effet de pousser le requérant à se questionner sur l'opportunité d'une telle contestation (II).

### I. UN BESOIN ACCRU DE LIMITER LA FACULTÉ DE CONTESTER UNE AUTORISATION D'URBANISME

Depuis de nombreuses années, la nécessité de limiter les possibilités de recours ne semble pas avoir quitté l'esprit des pouvoirs publics, mais la période récente a rendu ce besoin encore plus aigu ; et pour cause : ce que l'on peut qualifier de tendance ou propension au recours nuit à la sécurité juridique des autorisations (A) et paralyse les projets de construction (B).

14 - Le blog du droit de l'urbanisme et de l'aménagement, « Peut-on vraiment réduire les délais de jugement en urbanisme ? », 14 février 2018, [en ligne].

#### A. Une propension au recours nuisant à la sécurité juridique

Le principal inconvénient des recours vient de ce qu'ils portent inévitablement atteinte à la sécurité juridique des bénéficiaires de permis. C'est précisément la raison pour laquelle un juste équilibre est recherché entre le droit au juge et la protection de la sécurité juridique afin de garantir « *la stabilité des situations acquises, lesquelles pourraient être menacées par un accès trop large ou trop aisé au prétoire* »<sup>15</sup>.

Les acteurs de l'immobilier dénoncent ces recours qui seraient quasiment systématiques. Le but est donc de réguler leur exercice car il existe un déséquilibre très important entre l'offre et la demande de logements en raison de blocages contentieux. C'est pourquoi les années 2000 ont vu naître diverses réformes ayant notamment conduit à limiter les procédures dans le temps et l'intérêt à agir des tiers.

Il faut bien admettre que ces recours ne sont pas sans incidence sur la stabilité de la situation des pétitionnaires. L'une des pratiques les plus délétères pour les constructeurs est celle du recours en cascade, qui consiste à introduire le plus de recours successifs possible pour retarder les travaux. De même, parfois, le recours est seulement vu comme un moyen d'être écouté sans que le requérant ne fasse valoir un quelconque préjudice. Or, pendant cette longue période, le titulaire du permis se trouve dans une position très incertaine.

Par ailleurs, les recours ont également un impact pécuniaire pour les constructeurs : les organismes financiers ont tendance à suspendre les fonds pendant toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que le permis délivré soit considéré comme définitif<sup>16</sup> ; or, cela peut d'avérer excessivement long. Par conséquent, alors que juridiquement parlant, le recours n'a pas d'effet suspensif, la réalité est tout autre : celui-ci pourra en effet bloquer la réalisation du projet, tout particulièrement lorsque le financement provient d'un organisme bancaire. Et quand

15 - GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Dalloz, 2014, 3<sup>e</sup> édition, p. 267.

16 - Ce qui est particulièrement vrai pour les constructions réalisées selon le procédé de la vente en l'état futur d'achèvement.

bien même le projet serait financé sur fonds propres, la perspective de voir son permis annulé peut décourager le titulaire d'une autorisation attaquée.

En parallèle, le rapport du groupe de travail Maugüé relève qu'un autre facteur d'insécurité juridique réside dans la complexification du droit de l'urbanisme et qu'« il est [...] essentiel, pour le pétitionnaire, de disposer d'informations fiables sur l'existence d'une contestation de la décision favorable qui lui a été accordée, ainsi que de disposer, le cas échéant lorsque c'est possible, de la faculté de faire évoluer son projet pour le rendre conforme. Il importe, également, de limiter les effets des répercussions des illégalités en cascade et de lever les ambiguïtés pouvant exister sur l'existence d'un risque pénal à construire sur le fondement d'une autorisation définitive qui se révélerait non conforme aux dispositions des règles d'urbanisme qui lui sont applicables »<sup>17</sup>. D'où l'importance de sécuriser les permis le plus rapidement possible<sup>18</sup>. Quant aux constructions achevées, il convient d'éviter que leurs propriétaires ne vivent perpétuellement avec une épée de Damoclès au-dessus de leur tête.

58  
Finalement, cette mécanique du recours, souvent automatique, vient figer les projets de construction. Avant la loi ELAN, le rapport Pelletier relevait déjà « qu'aménageurs, promoteurs et investisseurs disent avant tout leur désarroi face à des autorisations obtenues mais différées dans leur mise en œuvre par des contentieux dont le temps de traitement est souvent incompatible avec celui de l'activité économique ; [...] les associations de protection de l'environnement ont souligné aussi le nombre trop important d'illégalités commises et l'insuffisante concertation, justifiant ainsi les contentieux entrepris [...]. En somme, quelle que soit la perspective empruntée, l'insécurité juridique actuelle est reconnue par les acteurs concernés et engendre un grand désarroi de leur part »<sup>19</sup>.

17 - MAUGÜÉ Ch., *op. cit.*, p. 23.

18 - Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs admis que la réduction de l'incertitude juridique subie par les projets de construction était un objectif d'intérêt général (CC, 10 novembre 2017, n° 2017-672 QPC, *Association Entre Seine et Brotonne et autre [Action en démolition d'un ouvrage édifié conformément à un permis de construire]*).

19 - PELLETIER PH., *Propositions pour une meilleure sécurité juridique des autorisations d'urbanisme*, janvier 2005, pp. 9-10.

Cette insécurité juridique qui pèse sur les bénéficiaires va généralement de pair avec un autre facteur d'instabilité, à savoir la paralysie des projets de construction.

### **B. Une propension au recours paralysant les projets de construction**

L'impact concret des recours est palpable : les opérations de construction sont bien souvent gelées, pour un temps ou pour toujours, avec des conséquences financières que l'on peut imaginer<sup>20</sup>. L'enjeu est immense pour les politiques du logement : le déséquilibre entre l'offre et la demande entrave l'implantation de nouveaux foyers dans certains territoires. Cela aura des répercussions sur le développement socio-économique de ces derniers, ou encore sur le développement de leurs transports. L'on peut craindre également une augmentation des prix pour des offres trop rares. Ce phénomène se fait particulièrement sentir dans les communes les plus volontaires en matière de croissance de l'offre qui, à mesure qu'elles déploient leurs politiques de l'habitat, voient se multiplier les recours contre les autorisations délivrées. Bien sûr, cette tendance est plus visible dans certains territoires que dans d'autres, ce qui traduit aussi un mouvement de concentration des recours, par exemple en Ile-de-France et, plus largement, en zone tendue<sup>21</sup>. En résumé, « les ménages les plus modestes sont contraints de s'éloigner des bassins d'emplois pour pouvoir se loger. Les inégalités se creusent et la mobilité sociale et géographique est freinée, au détriment de l'activité économique. À l'inverse, certaines villes moyennes sont confrontées à une offre qui ne trouve pas sa demande. Faute de logements adéquats, de services adaptés, ou tout simplement d'emploi et de formation à proximité, de nombreux logements restent vacants et se dégradent »<sup>22</sup>.

20 - Comme le blocage des fonds financiers ou encore la suspension des prêts bancaires évoqués précédemment.

21 - Il s'agit d'une zone dans laquelle l'offre de logements est trop basse compte tenu de la demande.

22 - Ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, *La stratégie logement du Gouvernement*, 3 avril 2018, [en ligne].

Ainsi, le tiers prétendument lésé par une autorisation d'urbanisme représente un véritable cauchemar pour les constructeurs car, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, il va bloquer la poursuite des travaux. Dans tous les cas, le cœur du problème sera financier ; « *il existe effectivement des projets bloqués par des actions contentieuses comme il existe des requérants qui n'ont pour seul but que d'obtenir d'un promoteur un paiement contre leur désistement [...]. Cependant, la principale difficulté ne réside pas tant dans l'existence des recours que dans le temps du traitement contentieux et dans l'attitude des financiers en cas d'action contentieuse. Le problème paraît en effet être qu'un recours, quels qu'en soient les mérites, bloque totalement les financements et cela pour une durée qui peut être économiquement insupportable pour l'opérateur* »<sup>23</sup>.

Dans ce gel des constructions, les collectivités ne sont pas épargnées puisque, comme l'affirme Me Philippe Peynet, « *les recours abusifs sont redoutés par les collectivités car elles subissent leurs effets à plusieurs niveaux : lorsqu'elles sont elles-mêmes maîtres d'ouvrage et bénéficiaires de l'autorisation d'urbanisme contestée, mais aussi quand le projet d'urbanisation privé visé par un recours implique, pour elles, une extension de réseaux, la création d'une crèche...* »<sup>24</sup>. Ajoutée à cela l'éventuelle soumission des communes « *à des pénalités financières lorsqu'elles n'ont pas rempli dans les temps leurs obligations de construction de logements sociaux issues de la loi "SRU"<sup>25</sup> de 2000* »<sup>26</sup>.

Cela fait ainsi plusieurs années que les pouvoirs publics ont conscience de l'impact parfois excessif des recours. La loi ELAN, comme les précédentes, est venue renforcer leur limitation en souhaitant faire apparaître, chez les tiers, une interrogation sur l'opportunité de saisir le juge. Dans cette optique, elle a procédé à des

23 - NOGUELLOU R., *art. cit.*

24 - MENGUY B., « Recours abusifs : un gros caillou dans la chaussure du maire bâtisseur », *La Gazette des communes*, 14 mai 2018, [en ligne], <https://www.lagazette-descommunes.com/563677/recours-abusifs-un-gros-caillou-dans-la-chaussure-du-maire-batisseur/?abo=1>

25 - Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19777.

26 - La Gazette des communes, *art. cit.*

modifications suffisamment dissuasives pour que le requérant remette en cause de lui-même l'utilité de son recours.

## II. UNE LIMITATION QUESTIONNANT L'OPPORTUNITÉ DE CONTESTER UNE AUTORISATION D'URBANISME

En votant la loi ELAN, le législateur a entendu poursuivre l'effort textuel destiné à faire naître une question centrale dans l'esprit des requérants potentiels : est-il réellement pertinent d'engager une action en justice ? Pour ce faire, des procédés dissuasifs ont été imaginés : les textes découragent les tiers en resserrant les possibilités de recours (A) et en accentuant la menace d'une sanction pour recours abusif (B).

### A. Un resserrement de nature à décourager les éventuels requérants

« *Le contentieux de l'urbanisme fait l'objet de fréquentes réformes, qui ont toutes le même objet, limiter les recours et leurs effets. Le raisonnement repose toujours sur le même présupposé : les projets de construction prennent trop de temps à se réaliser en France ; cela tient en grande partie aux recours contentieux ; il faut donc limiter ces derniers* »<sup>27</sup>. Et pour les limiter, quoi de plus efficace que d'en complexifier les procédures ? Tout d'abord, c'est l'accès au juge qui s'est vu diminué. L'une des plus manifestes des limitations en question est sans doute celle visant à restreindre davantage encore l'intérêt à agir des tiers. Effectivement, l'article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme prévoit désormais qu'« *une personne [...]* n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une décision relative à l'occupation ou à l'utilisation du sol régie par le présent code que si la construction, l'aménagement ou le projet autorisé sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien [...] ». Le code ne fait donc plus mention des travaux, ce qui lève l'ambiguïté antérieure : la rédaction précédente de l'article en question avait en effet « *pu laisser penser que les nuisances liées aux travaux eux-mêmes, qui*

27 - NOGUELLOU R., *art. cit.*

peuvent être plus importantes que celles générées par la seule présence des immeubles autorisés, pouvaient entrer en ligne de compte pour l'appréciation de l'intérêt à agir »<sup>28</sup>.

La partie réglementaire n'est pas muette non plus puisque le code prévoit un article R. 600-4 qui prescrit dorénavant un certain formalisme : par exemple, les associations ne peuvent contester une autorisation d'urbanisme que si le dépôt de leurs statuts en préfecture est intervenu au moins un an avant<sup>29</sup> l'affichage de la demande du pétitionnaire en mairie<sup>30</sup>. La porte se ferme ainsi sur les associations créées uniquement dans le but de contester un projet. De même, le délai de recours a été réduit : l'article R. 600-3 dispose maintenant qu'il n'est plus possible d'enclencher une action contentieuse après un délai de six mois, et non plus d'un an à compter de l'achèvement de la construction ou de l'aménagement<sup>31</sup>. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé qu'en cas de mention absente ou irrégulière des délais de recours, un délai raisonnable d'un an doit quand même être respecté par les tiers pour contester l'autorisation litigieuse<sup>32</sup>. Le juge applique ici la jurisprudence *Czabaj*<sup>33</sup> au contentieux de l'urbanisme.

Afin de dissuader un requérant, l'on peut aussi complexifier le traitement des recours. Par exemple, le référé suspension ne peut dorénavant être introduit, selon l'article L. 600-3, qu'avant l'expiration du délai fixé pour la cristallisation des moyens soulevés en première instance. Voilà qui devrait dissuader les requérants dont le seul objectif est d'épuiser toutes les voies de recours s'offrant à eux pour que le contentieux dure le plus longtemps possible. Au demeurant, en 2013, les pouvoirs publics expliquaient que « la phase

contentieuse d'un recours contre un permis de construire pouvait être délibérément prolongée par le requérant, sur plusieurs mois voire plusieurs années, par l'ajout, au coup par coup, de nouveaux griefs contre le projet mis en cause. Un décret publié le 2 octobre 2013 donne désormais au juge la possibilité de fixer, au cas par cas, une date au-delà de laquelle de nouveaux motifs d'annulation du permis ne pourront plus être invoqués. [...] »<sup>34</sup>; ce n'est aujourd'hui plus une simple possibilité pour le juge<sup>35</sup>. De surcroît, le requérant ne devra pas omettre, dans l'instance initiale, de contester la mesure de régularisation ou le permis modificatif intervenu en cours d'instance dans le cadre de cette seule et même instance (article L. 600-5-2 du code de l'urbanisme), et non dans une instance distincte.

Enfin, désormais, le juge a l'obligation, et non plus la faculté, de procéder à toute régularisation utile par le biais du sursis à statuer ou de l'annulation partielle, y compris après achèvement des travaux (articles L. 600-5 et L. 600-5-1). Or, les requérants de mauvaise foi recherchent avant tout l'annulation de l'autorisation ; le recours perd ainsi une grande part d'intérêt.

Si le requérant peut se trouver découragé par une telle complication des procédures, il reste que la loi ELAN a consolidé un outil plus dissuasif encore : la lutte contre les recours abusifs. Elle fait aujourd'hui planer la menace d'une sanction financière sur le requérant de mauvaise foi ; mais aussi, peut-être, de bonne foi.

### **B. Une menace renforcée pour lutter contre les recours abusifs**

En 2013<sup>36</sup>, les pouvoirs publics prenaient l'exemple de la ville de Marseille dont « 5 000 logements [étaient] impactés chaque année

28 - PETIT J.-M., « Loi ELAN du 23 novembre 2018 : le nouvel équilibre entre le droit au recours effectif et le développement de la construction », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 2322.

29 - Et non plus « auparavant ».

30 - Art. L. 600-1-1 du code de l'urbanisme modifié.

31 - En cas d'absence d'affichage ou d'absence de preuve d'un affichage régulier du permis.

32 - CE, 5<sup>e</sup>/6<sup>e</sup> SSR., 9 novembre 2018, n° 409872.

33 - CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763.

34 - Ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, *Note de présentation de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme : lutter contre les recours malveillants et fluidifier le traitement des contentieux*, 2 octobre 2013, p. 4, [en ligne].

35 - Art. R. 600-5 du code de l'urbanisme.

36 - Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme : lutter contre les recours malveillants et fluidifier le traitement des contentieux, JO n° 0166 du 19 juillet 2013, p. 12070.

par des recours de caractère abusif (à titre indicatif: la production annuelle de logements pour l'ensemble du département des Bouches-du-Rhône est en moyenne de 6 000 logements) »<sup>37</sup>. L'article L. 600-7 avait alors été créé et il dispose aujourd'hui que « lorsque le droit de former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager est mis en œuvre dans des conditions qui traduisent un comportement abusif de la part du requérant et qui causent un préjudice au bénéficiaire du permis, celui-ci peut demander, par un mémoire distinct, au juge administratif saisi du recours de condamner l'auteur de celui-ci à lui allouer des dommages et intérêts [...] ». À l'époque, il fallait que le recours soit « mis en œuvre dans des conditions qui excèdent la défense des intérêts légitimes du requérant et qui causent un préjudice excessif au bénéficiaire du permis ». Or, cette condition d'un préjudice excessif n'était que très rarement satisfaite. De même, la formulation relative aux intérêts légitimes du requérant était souvent reliée à son intérêt à agir, de sorte que cela « [laissait] penser qu'une personne ayant intérêt à agir poursuit des intérêts légitimes »<sup>38</sup>. Cet article n'avait donc que peu d'effets bénéfiques<sup>39</sup> car les condamnations étaient rares. C'est la raison pour laquelle aujourd'hui, la loi impose seulement que le préjudice soit simple et que les conditions du recours traduisent un comportement abusif. Notons par ailleurs qu'a été supprimée la présomption selon laquelle une association régulièrement déclarée, et dont l'objet principal est la protection de l'environnement, agirait dans les limites de la défense de ses intérêts légitimes.

Néanmoins, il faudra attendre pour apprécier l'efficacité de ce dispositif car c'est avant tout l'examen de l'usage jurisprudentiel qui permet de rendre compte de l'utilité d'une telle mesure. Et en

général, le juge administratif demeure plutôt réservé lorsqu'il s'agit de sanctionner un requérant ; « reste [donc] à savoir comment seront interprétées ces dispositions, le juge administratif ayant traditionnellement tendance à interpréter relativement largement la notion d'intérêt à agir et à être restrictif quant à l'interprétation du caractère abusif d'un recours »<sup>40</sup>.

En outre, la loi a institué une obligation d'enregistrement fiscal des transactions. L'article L. 600-8 prévoit que, même lorsqu'il s'agit de transactions intervenant avant l'introduction d'un recours, il faut procéder à leur enregistrement (les désistements ne sont ainsi plus les seuls concernés). De surcroît, le procédé de la transaction n'est plus ouvert aux associations, sauf quand elles agissent pour la sauvegarde de leurs intérêts matériels propres ; « la volonté est, bien entendu, d'empêcher les associations déclarant agir pour de nobles causes de marchander leur désistement... »<sup>41</sup>. Cette modification devrait conduire à ralentir le « marché » de la transaction, qui peut constituer une véritable affaire pour des requérants animés d'idées parfois qualifiées de « mafieuses », consistant à demander de fortes sommes d'argent contre un désistement ou une renonciation au recours ; tant et si bien que le juge n'était finalement saisi que d'un nombre relatif de requêtes, compte tenu de l'importance quantitative de transactions réalisées. Il fallait donc mettre un terme à ces pratiques qui ont d'ailleurs été spectaculairement mises en lumière en 2018<sup>42</sup> : un individu a été condamné pour escroquerie en raison de recours en cascade introduits par une association qu'il avait créée dans le but précis de monnayer son désistement, pour un préjudice estimé à plus de 1,6 million d'euros. Il était d'autant plus urgent de mettre un terme à ce type de chantage que, la plupart du temps, les transactions

37 - Ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, *Note de présentation de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme : lutter contre les recours malveillants et fluidifier le traitement des contentieux*, préc., p. 2.

38 - PETIT J.-M., *art. cit.*

39 - Tout comme l'article R. 741-12 du code de justice administrative (qui prévoit une amende pour l'auteur d'une requête estimée abusive) car le juge l'utilise peu et surtout, la somme est destinée au Trésor Public puisqu'il s'agit d'une amende civile.

40 - HUOT S., « L'impact de la loi ELAN sur le contentieux de l'urbanisme », *Le Village de la Justice*, 18 avril 2019, [en ligne], <https://www.village-justice.com/articles/impact-loi-elan-novembre-2018-sur-contentieux-urbanisme,31265.html>

41 - PETIT J.-M., *art. cit.*

42 - CHAUVOT M., « Immobilier : sanction pénale exemplaire pour une vague de recours abusifs à Paris », *Les Échos*, 2 août 2018, [en ligne], <https://www.lesechos.fr/industrie-services/immobilier-btp/immobilier-sanction-penale-exemplaire-pour-une-vague-de-recours-abusifs-a-paris-135917>

sont réalisées de bonne foi et permettent de concilier tous les intérêts en présence afin d'éviter de recourir au juge.

Il n'empêche que cet affermissement ne doit pas conduire à nier le droit au recours. Nous pensons qu'il ne faut pas limiter davantage les possibilités de contester une autorisation. Il convient d'abord de laisser ces nouvelles mesures faire leurs preuves. Si la loi était nécessaire pour corriger les abus, n'oublions pas que l'action contentieuse permet de faire respecter la légalité. En dissuadant les tiers de saisir le juge, il faut prendre garde à un effet pervers : celui de laisser les constructeurs braver le droit. Et si la lutte contre les recours abusifs a été renforcée de façon à la rendre plus menaçante pour les requérants malveillants, elle ne doit surtout pas viser à impressionner ceux de bonne foi : tous les recours ne sont pas abusifs et la saisine du juge reste un moyen indispensable pour remédier à des situations illégales, à une époque où les préoccupations urbanistiques et environnementales prennent de plus en plus de place dans le débat public<sup>43</sup>. Et d'ailleurs, qu'est-ce qu'un recours abusif ? Sans définition légale claire, mieux vaut encore s'armer de prudence.

---

43 - Précisons d'ailleurs qu'il ne s'agirait pas non plus de préférer à l'excès la construction à la rénovation, ou encore à la prise en charge des logements vacants.

L'OPÉRANCE DES MOYENS ET LE MOMENT :  
ILLUSTRATION PAR L'ARRÊT *FÉD. CFDT FINANCES*

*Florent Lacarrère*

*Doctorant en droit public à l'UPPA, Pau Droit Public*

« La Puissance publique – après 02 mois – peut se moquer de l'État de Droit : Rip l'exception d'illégalité. » Ainsi s'insurgeait le Professeur Mathieu Touzeil-Divina dans un commentaire accablant<sup>1</sup> de la décision *Fédération CFDT Finances*<sup>2</sup> récemment publiée. Ladite décision est de celles qui ne laissent pas indifférents les administrativistes et éveillent subitement de vives passions doctrinales. Rendue à la suite des brillantes conclusions de la Rapporteuse publique Aurélie Bretonneau<sup>3</sup>, la décision a été commentée par les plus éminents universitaires et praticiens du droit public, ce qui rendrait toute nouvelle critique superflue. Tout au plus se hasarderait-on, ici, à user d'une analyse sous l'angle de la temporalité de l'opérance des moyens, pour s'interroger sur la pertinence de la réduction du *moment* de leur invocabilité devant le juge administratif.

67

Le Professeur Benjamin Defoort explique la décision *Féd. CFDT Finances* à l'aide d'une remarquable métaphore du mouvement :

---

1 - TOUZEIL-DIVINA M., « La Puissance publique – après 02 mois – peut se moquer de l'État de Droit : Rip l'exception d'illégalité », *JCPA*, n° 21, 28 mai 2018, act. 469.

2 - CE, Ass., 18 mai 2018, n° 414583, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*.

3 - BRETONNEAU A., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires », concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, RFDA*, 2018, p. 649.

« Les vices de forme et de procédure seraient réputés relever d'une légalité "statique" tandis que les vices de fond appartiendraient à une légalité "dynamique". Seule cette légalité dynamique devrait voir son examen perdurer dans le temps, au-delà du délai de recours contentieux par voie d'action. En effet, le juge devrait pouvoir voir son attention se focaliser exclusivement sur les vices de légalité susceptibles de "voyager" dans le temps et "se transporter" vers les actes non réglementaires d'application. La légalité formelle et procédurale serait ainsi une légalité immédiate, ne perturbant l'ordonnement juridique que de manière instantanée, comme une vulgaire piqûre de moustique. Une illégalité interne, en revanche, pourrait "s'infecter" et se disséminer vers d'autres actes, par contagion. »<sup>4</sup>

Cette analyse des illégalités qui entachent les actes réglementaires se base sur la dynamique. Le mouvement n'étant pas, en sciences dures, indifférent du moment considéré<sup>5</sup>, ce propos tentera précisément de livrer une analyse complémentaire, temporelle, de l'examen de la légalité des actes réglementaires.

La décision *Féd. CFDT Finances* distingue en effet deux temps, **deux moments contentieux** dans la contestation des vices qui entachent les actes réglementaires : le **moment de tous les recours** caractérisé par la possibilité d'intenter un recours par voie d'action ou d'exception et le **moment des seuls recours par voie d'exception** (c'est-à-dire – en recours pour excès de pouvoir – l'exception d'illégalité et la contestation du refus d'abroger). Pendant le premier moment, borné par le délai de recours contentieux, peuvent être invoqués, de manière directe comme indirecte, l'ensemble des moyens d'illégalité, interne comme externe, des actes réglementaires. Pendant le second moment, le moment de la seule exception, par principe non-borné, ne peuvent être invoqués, indirectement, que des moyens de légalité interne et les vices d'incompétence.

4 - DEFOORT B., « Les paradoxes du contentieux des actes administratifs unilatéraux : à propos de quelques arrêts récents », *RFDA*, 2018, p. 1071.

5 - Le CNRTL définit le mouvement comme le « déplacement (d'un corps) par rapport à un point fixe de l'espace et à un moment déterminé ».

Ainsi, le Conseil d'État a fait le choix, d'une part, d'user des *moments contentieux* pour restreindre l'invocabilité des vices de légalité externe à l'encontre des actes réglementaires et d'autre part, de scinder ces *moments* par le délai de recours contentieux.

La décision *Féd. CFDT Finances* se veut également le parachèvement d'un **moment jurisprudentiel**, celui de l'intégration croissante des impératifs de sécurité juridique au traitement contentieux des actes administratifs unilatéraux.

Il s'agira de s'interroger sur le succès de ce « bouquet final »<sup>6</sup>, sur l'adéquation du découpage des moments contentieux à l'objectif de sécurité juridique poursuivi, ainsi qu'aux autres impératifs en présence. Plusieurs doutes émergent alors. Bien que le moment ait déjà été utilisé<sup>7</sup> pour restreindre l'accès au prétoire, pourquoi utiliser de nouveau un outil temporel ? Pourquoi ce découpage des moments, basé sur le délai de recours contentieux ? Ce découpage est-il inhérent au travail du juge ? Quelles sont alors les conséquences pratiques et théoriques de cette distinction des moments ? Le moment de l'invocation des moyens de forme et de procédure est-il adapté ou trop court ? Le choix d'une restriction *par le moment* de la contestation des vices de légalité externe est-il justifié ? Quelles sont les alternatives à cette jurisprudence : une redéfinition des moments ou des outils alternatifs au moment ?

Une analyse temporelle permettra de démontrer que la restriction à l'invocation des moyens de forme et de procédure par le principe *Féd. CFDT Finances* est excessive, en ce que l'utilisation des deux moments contentieux<sup>8</sup> précédemment évoqués est inadaptée au moment des requérants<sup>9</sup>.

6 - ROUSSEL S., NICOLAS CH., « Contentieux des actes réglementaires : bouquet final », *AJDA*, 2018, p. 1206.

7 - La manifestation la plus remarquable du recours au moment du recours est la décision *Czabaj* : CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*.

8 - C'est-à-dire, le moment de tous les recours et le moment des seuls recours par voie d'exception.

9 - C'est-à-dire, le moment de la saisine du juge administratif par le justiciable.

En effet, d'une part, les tentatives de légitimation de cette distinction des *moments contentieux* sont éminemment contestables (I); d'autre part, cette restriction *par le moment* des moyens de contestation des actes réglementaires est déraisonnable (II).

## I. L'INCONCEVABLE LÉGITIMATION DE LA DISTINCTION DES MOMENTS CONTENTIEUX

Si la décision *Fed. CFDT Finances* a profondément transformé les conditions de recevabilité des actes administratifs dans le contentieux de l'excès de pouvoir, elle ne constitue pas une évolution isolée ou saugrenue. Elle s'inscrit dans un contexte, un moment jurisprudentiel d'accroissement de la prise en compte – exagérée? – du principe de sécurité juridique par le juge administratif (A). Au-delà même des objectifs purement contentieux, peut-être le Conseil d'État a-t-il voulu tenir compte d'autres paramètres tenant à l'examen des requêtes par le juge administratif (B).

### A. La délicate légitimation par le moment jurisprudentiel

Il est impossible de détacher la décision *Fed. CFDT Finances* de son contexte juridique, des évolutions légales, réglementaires et prétoriennes qui ont traversé le droit public depuis une trentaine d'années. Depuis les années 1990, sous l'impulsion du législateur puis de la jurisprudence, la prise en compte du principe de sécurité juridique a conduit à la limitation de l'accès au prétoire, d'abord en droit de l'urbanisme (1), puis dans l'ensemble du contentieux administratif (2).

#### 1. L'épineuse extrapolation d'un mécanisme issu du contentieux de l'urbanisme

Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité et ainsi, développer de multiples exemples de restrictions sectorielles de l'accès au juge, il est clair que le droit de l'urbanisme est le laboratoire de toutes les expérimentations en matière de sécurisation juridique des actes en relevant.

Le livre IV du code qui y est relatif et ses articles L. 600-1 et suivants, créent un régime contentieux spécifique, imprégné de ces préoccupations contemporaines. L'exemple du contentieux de l'urbanisme est d'autant plus essentiel à l'analyse, que l'article L. 600-1 crée un mécanisme de restriction temporelle de la contestation des documents d'urbanisme, dont s'est immanquablement inspiré le Conseil d'État pour construire le principe *Fed. CFDT Finances*. En effet, cet article limite la contestation par voie d'exception des illégalités de forme et de procédure des documents d'urbanisme à un délai de six mois. Une telle inspiration appelle cependant deux remarques.

En premier lieu, l'article L. 600-1 admet en son troisième alinéa deux dérogations. Les vices relatifs à « *la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique* » peuvent être indéfiniment contestés, de même que l'incomplétude des documents d'urbanisme<sup>10</sup>. À l'inverse, la décision ici commentée ne prend pas en compte le caractère substantiel des vices de forme et de procédure.

En second lieu, le contrôle du Conseil constitutionnel<sup>11</sup> sur la loi de 1994<sup>12</sup>, qui avait créé l'article L. 600-1, avait instauré des barrières à ne pas franchir en matière de restriction du droit au recours. La conformité de ces dispositions était notamment fondée sur le caractère spécifique du contentieux de l'urbanisme (« *la contestation des dispositions contestées est limitée à certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme [...] eu égard à la multiplicité des contestations de la légalité externe de ces actes* »), sur la différenciation de la gravité des vices (« *il a fait réserve des*

10 - Art. L. 600-1 du code de l'urbanisme, al. 3 : « *Les deux alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque le vice de forme concerne : /-soit la méconnaissance substantielle ou la violation des règles de l'enquête publique sur les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales; /-soit l'absence du rapport de présentation ou des documents graphiques.* » La première de ces dérogations illustre à merveille la possibilité d'intégrer un mécanisme de « *Danthonysation* » au principe *Fed. CFDT Finances*.

11 - CC, 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, Rec. p. 40.

12 - Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction, JO n° 34 du 10 février 1994, p. 2271.

vices de forme ou de procédure qu'il a considérés comme substantiels »), sur le maintien de la possibilité d'intenter un recours par voie d'exception pendant une durée de six mois et sur le maintien de la contestation d'un refus d'abroger (« les dispositions qu'il a prises n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité ouverte à tout requérant de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus explicites ou implicites »)<sup>13</sup>. L'ensemble de ces barrières a été franchi avec la décision *Fed. CFDT Finances* : la restriction de l'accès au prétoire est généralisée à l'ensemble des actes réglementaires, ne prend pas en compte la gravité des vices, est limitée à deux mois et concerne l'ensemble des voies d'exception. La Rapporteuse publique, Aurélie Bretonneau s'en défend, considérant que ce raisonnement tient « au mode de rédaction des déclarations de conformité du Conseil constitutionnel » et que « cette décision remonte à une époque où le Conseil constitutionnel se montrait moins sensible qu'aujourd'hui à la stabilité des situations juridiques »<sup>14</sup>.

Le juge constitutionnel a ainsi validé un mécanisme proche – bien qu'il soit très édulcoré – de celui qu'a ensuite généralisé le juge administratif avec la décision *Fed. CFDT Finances*. D'autres techniques ont ensuite vu le jour sous l'impulsion du Conseil d'État dans le même objectif de stabiliser les actes administratifs, sur la base du moment ou de mécanismes alternatifs.

## 2. La poursuite effrénée d'un mouvement jurisprudentiel en contentieux administratif

Le début des années 2000 a marqué le début d'une mutation profonde du contentieux administratif français. Tant en matière contractuelle qu'en ce qui concerne les actes unilatéraux, le juge administratif a développé un ensemble de principes jurisprudentiels visant à limiter l'accès au prétoire ou à éviter les annulations indésirables, dans un but de stabilisation des situations juridiques constituées.

13 - CC, 21 janvier 1994, préc., cons. 5.

14 - BRETONNEAU A., concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, art. cit.

Le droit des contrats administratifs a eu à cœur, précisément, d'assurer la stabilisation et la loyauté des relations contractuelles<sup>15</sup>. Bien que cette tendance soit fondée sur des préoccupations propres aux grands principes contractuels<sup>16</sup>, les objectifs sont identiques.

L'excès de pouvoir a également fait l'objet de profondes transformations par le biais de divers mécanismes propres à préserver la sécurité juridique ; ces outils pouvaient préfigurer *Fed. CFDT Finances*. Des décisions ont permis la régularisation des actes administratifs illégaux<sup>17</sup>. Les effets de l'annulation peuvent être modulés<sup>18</sup>. Les vices de forme et de procédure non-substantiels sont neutralisés<sup>19</sup>. La recevabilité des recours a été rationalisée<sup>20</sup>.

La décision en question s'inscrit donc dans une lignée légale et jurisprudentielle claire ; si elle émeut par son intensité, elle n'est que la poursuite – à l'extrême – du mouvement d'intégration du principe de sécurité juridique au contentieux administratif. Mais une simple filiation ne justifie pas une telle accentuation du mouvement jurisprudentiel : c'est pourquoi la légitimation doit être recherchée ailleurs.

## B. L'impensable légitimation par la pratique contentieuse

La jurisprudence *Fed. CFDT Finances* peut trouver sa source dans le travail concret du juge, qui semblerait se complexifier avec le temps à compter de l'édiction d'un acte réglementaire. C'est ce que tendent à démontrer les conclusions sur la décision ici discutée (1). Mais l'on peut imaginer que d'autres préoccupations, encore plus pratiques,

15 - V. par ex. : CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic Travaux Signalisation* ; CE, Ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers* ; CE, Sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*.

16 - Par ex., les principes de loyauté des relations contractuelles ou encore le respect par les tiers de la commune volonté des parties.

17 - V. par ex. : CE, Sect., 1<sup>er</sup> juillet 2016, n° 363047, *Commune d'Émerainville*.

18 - CE, Ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis* ; CE, 5 mars 2003, n° 241325, *Titran* ; CE, Ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC!*

19 - CE, 27 avril 1998, n° 165419, *Benchabanne* ; CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335477, *Danthony*.

20 - CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*.

aient pu conduire le Conseil d'État vers cette nouvelle restriction des recours par voie d'exception (2).

### 1. *L'excessive légitimation par la technique contentieuse*

Bien qu'il soit impossible de tendre à l'exhaustivité, les conclusions de la Rapporteuse publique Aurélie Bretonneau mettent en exergue de nombreuses justifications pratiques, inhérentes au travail du juge administratif, qui légitimeraient le principe *Fed. CFDT Finances*. Deux arguments principaux seront discutés ici.

En premier lieu, est mise en avant la difficulté, « *longtemps après l'édition, de déterminer si la procédure en vigueur à la date de sa signature a été parfaitement respectée* »<sup>21</sup>. Le traitement des vices de procédure par la « *Danthonyisation* » serait complexe, voire impossible, en ce qu'il faudrait ainsi « *effectuer cette appréciation s'agissant d'une procédure dont la mémoire est perdue* »<sup>22</sup> et s'interroger sur le caractère substantiel de ces vices, alors que les moyens de preuve sont inexistants. En leur absence, le juge serait ainsi placé dans l'alternative peu enviable de faire mécaniquement droit aux moyens du requérant ou de les rejeter systématiquement, faute d'éléments concrets.

Ce raisonnement peut être contré par deux réflexions alternatives simples. D'une part, il est peu certain que la complexité d'identification des vices de forme et de procédure substantiels apparaisse deux mois seulement après l'édition de l'acte. Il peut être soutenu qu'après plusieurs années, la mémoire d'une procédure soit fragilisée, mais pas dès l'expiration du délai de recours contentieux. Il faudra donc s'interroger sur l'adéquation de ce moment de la contestation des actes réglementaires avec l'objectif poursuivi. D'autre part, la structuration du débat contradictoire dans le cadre d'une instance répartit clairement la charge de la preuve et confère au juge des pouvoirs d'instruction et d'injonction de production par l'adminis-

21 - BRETONNEAU A., concl. sur CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, art. cit.

22 - *Ibid.*

tration d'éléments de preuve suffisants<sup>23</sup>. Ce système est précisément fondé sur l'égalité des armes dans le procès administratif<sup>24</sup>. C'est ainsi la question des garanties du procès équitable que vient esquiver *Fed. CFDT Finances*, puisque le recours ne peut pas avoir lieu.

En second lieu, Aurélie Bretonneau insiste sur le risque de provoquer la chute rétroactive des actes subséquents ; le juge, lorsqu'il se prononce, ne peut prendre en compte les conséquences de son éventuelle décision en exception d'illégalité et en contestation du refus d'abroger. En effet, le juge administratif ne s'est armé de la modulation dans le temps des effets de l'annulation qu'en excès de pouvoir<sup>25</sup> et comme le rappelle la Rapporteuse publique, ce mécanisme n'est donc pas applicable à l'exception d'illégalité, qui n'entraîne pas la disparition de l'acte illégal mais conduit seulement à une déclaration d'illégalité. L'obstacle semble ici purement introspectif ; l'effort d'imagination du Conseil d'État pour construire la décision *CFDT Finances* aurait pu le conduire à se saisir d'une espèce pour étendre la régularisation, ou encore pour permettre la modulation dans le temps des effets d'une déclaration d'illégalité.

Toujours est-il que la pratique contentieuse et ses conséquences peuvent avoir eu une influence non négligeable sur cette évolution. Si certains arguments de cette nature se trouvent dans les conclusions d'Aurélie Bretonneau, d'autres peuvent être recherchés dans les diverses contraintes que subit le juge administratif.

23 - CE, 26 novembre 2012, n° 354108, *Brigitte C.* : « *il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur* ».

24 - CE, Sect., 1<sup>er</sup> octobre 2014, n° 349560 : « *il lui incombe, dans la mise en œuvre de ses pouvoirs d'instruction, de veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles* ».

25 - CE, Ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC!*

## 2. *L'illégitime influence de l'organisation de l'ordre juridictionnel administratif*

Face à l'impératif de réduction des délais de jugement<sup>26</sup>, à l'absence de progression du budget de la justice et à l'augmentation des flux et stocks de requêtes dans les juridictions administratives, la notion de performance s'est progressivement immiscée parmi les impératifs des magistrats et juridictions<sup>27</sup>. Dans cette optique, la rémunération des membres des juridictions relevant du Conseil d'État fait l'objet de primes au rendement, supposées accentuer le rythme de traitement des dossiers<sup>28</sup>. Si la performance induit la prise en compte de la qualité du travail des magistrats, les nouvelles méthodes de management des juridictions administratives peuvent avoir pour effet d'en restreindre l'effectivité<sup>29</sup>.

Bien qu'il ne faille pas directement tirer des conclusions contentieuses de cette réalité managériale que connaissent les magistrats, il est légitime de s'interroger sur la dimension psychologique que peuvent induire la rémunération et l'évaluation au rendement. La prise en compte des vices procéduraux et formels, la nécessité de mettre en œuvre des mesures d'instruction, pèsent temporellement sur le traitement des dossiers. Les germes de l'aversion du juge administratif

26 - Qui découle de multiples condamnations par la Cour européenne des droits de l'Homme, par exemple : CEDH, 26 août 1994, n° 22800/93, *Karakaya c. France* ; CEDH, 9 juin 1998, n° 25549/94, *Cazenave de la Roche c. France* ; CEDH, 24 août 1998, n° 26106/95, *Benkessiouer c. France*.

27 - PLF 2006 - extrait du bleu budgétaire de la mission : Conseil et contrôle de l'État - Programme 165 : Conseil d'État et autres juridictions administratives : « *la justice administrative, qui souhaite améliorer la "productivité" du travail juridictionnel, s'est également fixé un objectif d'efficacité de gestion : "améliorer l'efficacité des juridictions"* ».

28 - Décret n° 2007-1762 du 14 décembre 2007 relatif au régime de l'indemnité de fonction des membres des corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, JO n° 0292 du 16 décembre 2007, texte n° 13.

29 - Ainsi, le contrôle effectué par la Mission d'inspection des juridictions administratives (MIJA) est assorti d'un référentiel composé de quatre sous-ensembles : « *management de la juridiction* », « *activité juridictionnelle* », « *gestion de la juridiction* », « *la juridiction et les justiciables* ». La notion de qualité des jugements semble alors remise au second plan.

pour la légalité externe doivent-ils être recherchés dans les exigences managériales imposées aux juridictions administratives ?

Le Professeur Denys de Béchillon, dans son commentaire de *Fed. CFDT Finances*<sup>30</sup>, pointe la déconnexion des préoccupations du Conseil d'État et de celles du justiciable, en espérant ne pas voir ressurgir le Huron au Palais Royal<sup>31</sup>. C'est précisément cette divergence des intérêts qu'il est nécessaire de prendre en compte, en recherchant une alternative plus enviable à cette nouvelle restriction à l'exercice des recours par voie d'exception.

## II. LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DE LA DISTINCTION DES MOMENTS CONTENTIEUX

De la discorde qu'a provoquée la décision ici discutée, il faut sortir par le haut. Remettre en cause *Fed. CFDT Finances* nécessite une mesure certaine et la critique ciblée des éléments essentiels de ce dispositif (A), afin de dégager une alternative plus douce, poursuivant le même objectif (B).

### A. *Des conséquences préjudiciables de la distinction des moments contentieux*

La recherche des effets – qu'ils soient hypothétiques ou tangibles – de ce mécanisme doit s'envisager tant du point de vue de la dynamique globale du contentieux administratif (1) que du point de vue du requérant (2).

30 - BÉCHILLON DE D., « La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires – Contre », *RFDA*, 2018, p. 668 : « *il faut souhaiter que le Conseil d'État conserve, si j'ose dire, un certain leadership : quant au sérieux et à la sophistication de ses méthodes de travail, quant aux mécanismes de discipline et de contrôle interne qu'il a su mettre en œuvre, mais aussi quant au fond de son travail. Personne n'a rien d'enviable à gagner à ce qu'il retourne, si peu que ce soit, dans le genre de thébaïde qu'avait visitée le Huron de la fable. Nous avons besoin qu'il se mette à la place du justiciable avant de décider quoi que ce soit* ».

31 - RIVERO J., « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, Chronique IV, pp. 37-40.

### 1. L'altération de la dynamique globale du contentieux administratif

Si elle n'avait pas été atteinte précédemment, notamment avec la jurisprudence *Czabaj*<sup>32</sup>, la rupture de l'équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique est atteinte. La décision *Fed. CFDT Finances* met fin à un système contentieux fondateur de l'excès de pouvoir exercé par voie d'exception<sup>33</sup>. En ce qui concerne les actes réglementaires, les recours en exception d'illégalité et en contestation du refus d'abroger sont réduits à la portion congrue.

La succession des moments jurisprudentiels au cours des trente dernières années est absolument remarquable. Lorsque le Huron pénètre le Palais Royal en 1962, la juridiction administrative place au cœur de son office le principe de légalité, quitte à faire peu de cas des conséquences – ou des non-conséquences – de ses décisions. La première décennie 2000 est ensuite marquée par un perfectionnement de la justice administrative, qui gagne en efficacité (référés d'urgence) comme en responsabilité<sup>34</sup>. Ce moment était celui de l'équilibre entre légalité et principe de sécurité juridique, qui permettait de donner leurs chances tant aux requérants qu'aux bénéficiaires des décisions administratives et l'Administration<sup>35</sup>. La jurisprudence administrative semble être désormais entrée dans une nouvelle période. La période où l'annulation doit être évitée à tout prix – ou presque –, dans le but

de protéger le bénéficiaire de la décision positive, au profit de l'Administration de manière indirecte (*Czabaj*<sup>36</sup>, *Féd. CFDT Finances*).

Néanmoins, cette analyse théorique, purement juridique, est probablement le mode de critique le moins adapté pour tenir compte des effets prospectifs de la jurisprudence *Fed. CFDT Finances*. Du point de vue du requérant, l'appréciation n'est que plus accablante.

### 2. L'indifférence des règles du contentieux administratif quant aux préoccupations du requérant

Les présents propos pourraient relever, si l'on n'y prend garde, de la paranoïa. Pour autant, c'est un double effort d'imagination – provoqué par l'insatisfaction générée par cette décision – qui conduit aujourd'hui à prendre en compte les aspects les plus concrets de la décision *Fed. CFDT Finances*.

Il existe un principe (ou un mythe<sup>37</sup>), selon lequel le recours pour excès de pouvoir peut être exercé sans l'assistance d'un avocat devant les Tribunaux administratifs<sup>38</sup>. La construction de cette belle voie de droit, ouverte à tout requérant, moquée par le Huron, conçue pour le requérant lambda, révèle une présomption de connaissance du droit déconnectée de la réalité du quotidien de la grande majorité des justiciables.

Dans son article à la *RFDA*<sup>39</sup>, le Professeur Denys de Béchillon pousse très justement son lecteur informé à se mettre dans la peau d'une créature surprenante : le non-juriste. Ce dernier n'a pas connaissance des derniers numéros de l'*AJDA* ou de la *JCPA.*, ne lit ni le Journal officiel, ni les délibérations du tableau d'affichage de son Hôtel de Ville. Cette personne n'a évidemment pas connaissance de la grande majorité

32 - CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*.

33 - V. notamment, CE, 10 janvier 1930, n° 97263, *Despujol*; CE, 24 janvier 1902, n° 00106, *Avezard*; CE, Sect., 14 novembre 1958, n° 35399, *Ponard*; CE, Ass., 3 février 1989, n° 74052, *Alitalia*.

34 - V. notamment, CE, 27 juillet 2001, n° 222509, *Titran*; CE, Ass., 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*; CE, Sect., 3 décembre 2003, n° 240267, *El Bahi*; CE, Ass., 11 mai 2004, n° 255286, *Association AC!*; CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG*; CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, *Danthy*.

35 - LABETOUILLE D., Entretiens du contentieux, *Légalité et sécurité juridique en droit interne*, Conseil d'État, 2018, <https://vimeo.com/301789925> : « il me semble qu'il y a une erreur de méthode à considérer de façon quasi exclusive les rapports binaires et bilatéraux entre les requérants et l'administration alors qu'une part essentielle de la réalité concrète de la vie administrative et du contentieux administratif est faite de relations triangulaires où un administré critique une décision qui est certes prise par une administration mais qui l'est à la demande d'un autre administré, qui souhaite en conserver le bénéfice ».

36 - CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*.

37 - TOUZEIL-DIVINA M., *Dix mythes du droit public*, LGDJ, coll. « forum », 2019. Ouvrage dans lequel l'auteur tend à démontrer que de nombreux acquis du droit administratif ne sont qu'une construction de l'esprit, bâtie pour embellir l'imaginaire collectif autour des grands mécanismes jurisprudentiels séculaires.

38 - Art. R. 431-2 du CJA.

39 - BÉCHILLON DE D., *art. cit.*

des actes réglementaires récemment édictés, si tant est qu'il prenne le temps de les déchiffrer. En l'absence de notification<sup>40</sup>, ce nonjuriste ne découvrira l'existence d'une réglementation que lorsque lui sera délivrée une décision individuelle subséquente (défavorable) ; le mal est fait. La procédure peut être gravement viciée, ses garanties potentiellement bafouées ; il ne pourra pas en faire état devant le juge de l'excès de pouvoir. Avec la redéfinition de la voie de fait et la fermeture du prétoire, il n'existe plus aucun juge pour protéger ses droits.

Pire encore, comme le sous-entend le Professeur Mathieu Touzeil-Divina, « *La Puissance publique – après 02 mois – peut se moquer de l'État de Droit* »<sup>41</sup>. Poussé à l'extrême – ou pas –, le raisonnement peut laisser penser que la décision *Fed. CFDT Finances* inciterait l'Administration à faire le strict minimum sur le plan procédural – afin de passer le filtre poreux du contrôle de légalité –, à minimiser la publicité pour mieux se protéger : deux mois plus tard, il sera impossible de soulever les vices procéduraux et formels par voie d'exception. Si à cela s'ajoute un détournement de la jurisprudence *Czabaj*, il suffit ensuite de notifier une décision individuelle de manière trop technique et imprécise – ou pire, jouer sur la théorie de la connaissance acquise – pour limiter le risque contentieux. Rassurons-nous, la sécurité juridique de la chaîne d'actes administratifs est bien assurée, au détriment des droits et garanties des requérants, au détriment du principe de légalité.

Tout pousse donc à trouver une porte de sortie à cette jurisprudence, critiquée par l'ensemble du monde juridique, à l'exception de ses auteurs.

### **B. Des alternatives possibles à cette distinction des moments contentieux**

Selon Aurélie Bretonneau, « *CFDT est la quintessence de l'arrêt introspectif* »<sup>42</sup> ; peut-être l'est-il un peu trop. Cette décision a créé

40 - Art. L. 221-8 du CRPA seuls les actes administratifs individuels doivent être notifiés à leurs destinataires, ce qui exclut les actes réglementaires.

41 - TOUZEIL-DIVINA M., *art. cit.*

42 - BRETONNEAU A., Entretiens du contentieux, *Légalité et sécurité juridique en*

un gouffre entre le Conseil d'État et la doctrine universitaire. Cette déconnexion pose question et semble paradoxale. La doctrine, théorique, semble s'être mutée en porte-parole des requérants face au juge, pourtant en prise avec les attentes des justiciables. Il serait donc souhaitable de rechercher le compromis, soit en rééquilibrant les moments contentieux (1), soit en utilisant des mécanismes alternatifs (2).

#### *1. Un redécoupage des moments contentieux*

La limitation du moment de l'invocation des vices de forme et de procédure n'est pas une mauvaise chose en soi. La critique se porte légitimement sur le très court délai laissé au justiciable pour leur invocation, c'est-à-dire deux mois seulement.

Conservé le mécanisme *Fed. CFDT Finances* en ajustant le délai de contestation des vices formels et procéduraux serait probablement un compromis acceptable pour l'ensemble des commentateurs. Ainsi, il ne serait plus question des moments de la voie d'action et de la voie d'exception mais de nouveaux moments : celui de l'invocation de tous les moyens (dans un délai à déterminer) et celui de l'invocation des seuls moyens de légalité interne et de compétence. Serait ainsi préservée la pertinence des voies d'exception.

Le découpage alternatif des moments est plus complexe. Il serait possible, bien qu'insatisfaisant, de lier les délais raisonnables de *Fed. CFDT Finances* et *Czabaj*, c'est-à-dire une année. Un délai raisonnable, lorsqu'il s'agit de contester, par exemple, la privation des garanties procédurales et formelles, pourrait être encore rallongé, à plusieurs années peut-être.

L'hypothèse la plus convaincante serait nécessairement que ce délai court à compter de la notification de la décision défavorable subséquente... quoique cela revienne, peu ou prou, au système antérieur à la jurisprudence *Fed. CFDT Finances*.

droit interne, 46:05, Conseil d'État, 2018, <https://vimeo.com/301789925>.

Au-delà d'un ajustement du délai, d'autres outils peuvent être créés pour poursuivre l'objectif de sécurisation juridique des actes réglementaires.

## 2. L'usage d'outils affranchis des moments contentieux

Dès la publication de cette décision polémique, la doctrine, riche en idées novatrices, a imaginé diverses alternatives à *Fed. CFDT Finances*.

« Aurait-il "danthonyisé" l'exception d'illégalité et l'obligation d'abroger les règlements illégaux qu'il n'y aurait rien eu à dire de son évolution de jurisprudence, sinon pour saluer sa cohérence et son esprit de mesure. Mais c'est ce qu'il n'a pas fait », affirme le Professeur Denys de Béchillon<sup>43</sup>. Précisément, la prise en compte du caractère substantiel des vices de forme et de procédure s'insère parfaitement dans le mécanisme instauré par *Fed. CFDT Finances*. La pratique le démontre, puisque l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme perdure depuis 25 ans, sans que les réformes successives n'aient entendu l'infléchir<sup>44</sup>.

Dans cet esprit de « *Danthonyisation* », si l'objectif n'est pas de fermer le prétoire mais de limiter les annulations peu pertinentes, une théorie du bilan pourrait être instaurée entre l'illégalité, la privation d'une garantie, l'influence, d'une part et l'atteinte aux situations juridiques constituées que pourrait entraîner la disparition de l'acte, d'autre part. Un tel bilan pousserait ainsi le juge, même en excès de pouvoir, à envisager les conséquences concrètes, la neutralisation<sup>45</sup> ou le maintien de la réglementation (tel qu'il le fait lorsque la question se pose d'appliquer ou de ne pas appliquer *AC!*), sans pour autant porter atteinte à la substance du droit au recours.

Le Professeur Thomas Perroud propose quant à lui de sortir « *par le haut* » de *Fed. CFDT Finances*<sup>46</sup>. Il plaide ainsi pour un référé

pré-décisionnel, prôné par Yann Aguila, qui permettrait au juge d'apprécier en amont la légalité de la procédure. Le laboratoire du contentieux administratif général reste encore le contentieux de l'urbanisme, puisqu'on ne peut que voir une filiation de ce référé pré-décisionnel et le rescrit juridictionnel, récemment créé dans ce domaine<sup>47</sup>.

Ne pouvant tendre à l'exhaustivité, et puisqu'il est impossible de prôner l'allègement de la pression de l'objectif de performance qui pèse sur les magistrats administratifs, au détriment du justiciable<sup>48</sup>, il faut conclure que l'alternative consensuelle à *Fed. CFDT Finances* est possible, soit par un ajustement des moments contentieux, soit grâce à un autre mécanisme allégé.

*Fed. CFDT Finances* était conçu comme la fin d'un moment jurisprudentiel, un « *bouquet final* »<sup>49</sup>. Il est peut-être finalement l'appel à nouveau moment jurisprudentiel, celui de la mesure et de la pondération. Le Conseil d'État l'a-t-il peut-être déjà engagé en refusant d'appliquer la jurisprudence *Czabaj* au contentieux indemnitaire<sup>50</sup> ; c'est tout le mal que l'on peut souhaiter.

43 - BÉCHILLON DE D., *art. cit.*

44 - Art. L. 600-1 du code de l'urbanisme, al. 3, préc., v. pt. 7.

45 - Annulation ou déclaration d'illégalité selon la voie d'exception utilisée.

46 - PERROUD TH., « Peut-on sortir par le haut de l'arrêt Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT ? Pour un référé pré-décisionnel », *Dalloz*, 2019, p. 2241.

47 - Article 54 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, JO n° 0184 du 11 août 2018, texte n° 1.

48 - V. I) B) 2).

49 - ROUSSEL S., NICOLAS CH., *art. cit.*

50 - CE, 17 juin 2019, n° 413097, *Centre hospitalier de Vichy*.

—B—

*L'influence du moment  
sur le déroulement  
de l'instance*



## L'INFLUENCE DU MOMENT SUR L'ARCHITECTURE DU PROCÈS

*Pauline Estanguet*  
*Docteur en droit public*

Que le litige soit porté devant une juridiction civile, pénale, administrative, ou même constitutionnelle, le procès qu'il occasionne se déroule généralement de la même manière. L'instance est structurée autour de trois phases bien distinctes répondant à une philosophie et des impératifs différents. On pourrait même parler de « moments » pour caractériser ces trois étapes tant ils constituent de « mini-événements » dans la chronologie du procès.

87

Le premier moment est celui de l'instruction dont l'objectif est de « *mettre l'affaire en état d'être jugée* »<sup>1</sup>. Classiquement, il s'étend de la communication initiale de la requête au défendeur jusqu'à sa clôture. C'est durant cette étape que les parties sont mises à même d'exprimer leur point de vue et le juge susceptible d'ordonner toute mesure d'instruction nécessaire à la résolution du litige. Cette étape permet donc à la formation de jugement de réunir tous les éléments nécessaires à la compréhension du litige. L'instruction est, dans le même temps, contradictoire et inquisitoire. D'une part, tous les éléments versés au dossier susceptibles d'exercer une influence sur l'issue de la procédure juridictionnelle doivent être discutés par les parties, qu'il s'agisse d'éléments qu'ils ont eux-mêmes apportés (moyens, conclusions, pièces) ou de ceux provenant de tiers et

---

1 - BROYELLE C., « Synthèse-Procédure en contentieux administratif », *JurisClasser administratif*, mis à jour le 28 septembre 2016.

résultant des mesures d'instruction. D'autre part, le juge maîtrise le déroulement matériel de l'instruction de l'ouverture à la clôture, ce qui signifie qu'il lui appartient de rechercher les éléments de nature à établir sa conviction, mais également à communiquer réciproquement les productions écrites aux parties, celles-ci ne pouvant avoir d'échanges directs. S'il s'estime insuffisamment éclairé par les échanges entre les parties, il met en œuvre des mesures d'instruction<sup>2</sup>. Il dispose à cet égard d'une grande liberté puisqu'il n'est pas lié par les demandes sollicitées par les parties et choisit les mesures qu'il estime les plus utiles<sup>3</sup>.

Le deuxième moment est celui de l'audience. L'audience est la phase du procès qui permet une confrontation directe entre les parties. Elle n'est pas obligatoire puisque dans certains cas de figure, la requête peut être jugée sans audience, par une simple ordonnance<sup>4</sup>. Toutefois, si son déroulement n'est pas toujours nécessaire d'un point de vue purement juridique, elle présente un effet social et psychologique non négligeable. Constituant le point d'orgue et la matérialisation du litige opposant deux parties, les débats auxquels elle donne lieu portent une vertu que l'on pourrait qualifier de « cathartique »<sup>5</sup>.

2 - Le juge peut enjoindre aux parties de lui apporter des explications ou des documents (art. R. 611-1 du code de justice administrative), consulter un tiers (autorités administratives indépendantes ou *amicus curiae*) (art. R. 625-3 du code de justice administrative), ordonner une enquête (art. R. 623-1 du code de justice administrative), (cette mesure fera l'objet d'un éclairage particulier dans la suite de cette contribution), procéder à une visite des lieux (art. R. 622-1 du code de justice administrative), demander une expertise (art. R. 621-1 du code de justice administrative) ou une vérification d'écriture à un expert (art. R. 624-1 du code de justice administrative).

3 - CE, Ass., 6 novembre 2002, n° 194296, *Moon*.

4 - Dans certaines hypothèses, la requête ne nécessite ni instruction ni audience car la solution apparaît certaine et l'affaire pourra être directement inscrite à une séance de jugement ou, le cas échéant, faire l'objet d'une ordonnance. C'est le cas lorsque le requérant se désiste, si le juge constate un non-lieu à statuer ou si la requête est irrecevable.

5 - La notion de « réparation émotionnelle » est évoquée dans WRIGHT M., « La justice réparatrice et les victimes : l'expérience anglaise », *Les Cahiers de la Justice*, 2006, n° 1, p. 190 et s.

Lorsqu'il y a audience, les débats ont lieu en public<sup>6</sup>. Le président de la formation de jugement invite alors les parties à faire savoir si elles ont des observations orales à présenter, le code de justice administrative précisant que celui-ci a la faculté de « leur retirer la parole si elles ne sont pas en mesure de discuter leur cause avec la modération ou la clarté requises »<sup>7</sup>.

La troisième phase, très certainement la plus attendue, est celle du jugement. Cette étape que l'on peut scinder en deux temps se compose du délibéré et du prononcé de la décision. Ce dernier moment est synonyme de dénouement de l'instance puisque c'est durant cette phase que la formation de jugement arrête le choix de la solution apportée au litige. Il est indispensable que le collège, ou le juge unique le cas échéant, opère une ultime vérification de l'instruction, avant de décider de la solution qu'il entend apporter au dossier, car il doit disposer de tous les éléments nécessaires pour forger sa conviction, sous peine de devoir rouvrir l'instruction. La formation de jugement siégeant en délibéré varie selon l'importance de l'affaire<sup>8</sup>.

Ces étapes successives tendent, traditionnellement, à structurer le déroulement du procès en trois actes. Dans l'imaginaire collectif, c'est en tout cas l'idée que l'on se fait d'un procès devant une juridiction. Cependant, cette architecture peut être très largement bouleversée si l'on s'intéresse à l'office du juge, et plus particulièrement à celui du juge administratif dont les pouvoirs sont particulièrement étendus

6 - Art. L. 6 du code de justice administrative.

7 - Art. R. 731-3 du code de justice administrative.

8 - Ainsi, on distingue au Conseil d'État quatre niveaux de formations de jugement dont la compétence est établie selon la complexité juridique de la requête : la chambre jugeant seule, les chambres réunies, la section du contentieux et l'Assemblée du contentieux (art. R. 122-11 et suivants du code de justice administrative). Au sein des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, on observe trois niveaux de formations de jugement : les formations de droit commun, les formations plénières et les formations intermédiaires (art. R. 222-18 et suivants du code de justice administrative). Cette « stratification » se retrouve par ailleurs au sein de l'ordre judiciaire avec trois niveaux différents de formations de jugement, pour ce qui est de la Cour de cassation : la chambre jugeant seule, la chambre mixte et l'assemblée plénière (art. L. 431-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire).

et diversifiés. En appliquant certains mécanismes, le juge est amené à bousculer le scénario traditionnel du procès. Sans nous prêter à une analyse exhaustive de tous ces mécanismes, nous tenterons de mettre en exergue deux phénomènes à l'appui de quelques exemples. Ces deux observations sont les suivantes : d'une part, certains mécanismes tendent à injecter une certaine fluidité dans un déroulement théoriquement structuré autour de « moments » dans le procès (I), et, d'autre part, certains dispositifs, dont l'objet est de permettre au juge d'apporter la meilleure solution possible au litige, peuvent complètement chambouler les différentes phases de l'instance (II).

### I. LES DISPOSITIFS FACTEURS DE FLUIDITÉ DANS L'ARCHITECTURE DU PROCÈS

Certaines règles procédurales tendent à « cloisonner » les différents temps du procès que sont l'instruction<sup>9</sup>, l'audience et le jugement. De plus, le déroulement de la procédure juridictionnelle peut connaître des durées très variables dont certaines sont textuellement établies<sup>10</sup> mais dont la majorité demeure inconnue lorsque le demandeur introduit sa requête<sup>11</sup>. Aussi, les délais pouvant s'écouler entre chaque phase de la procédure renforcent cette impression de « séquençement » du procès dans son ensemble. Toutefois, le

9 - Par exemple, pour remédier au ralentissement des procès, causé par la production de mémoires « tardifs », le décret du 22 février 2010 prévoit un mécanisme de clôture de l'instruction à effet immédiat (art. R. 613-1 du code de justice administrative).

10 - C'est le cas des référés d'urgence pour lesquels le code de justice administrative impose au juge des délais de jugement très courts (art. L. 121-1 et suivants du code de justice administrative), ou encore de certains contentieux pour lesquels le législateur tente de réduire les délais tels que le contentieux de l'urbanisme (art. R. 600-6 du code de justice administrative).

11 - « *Devant un tribunal administratif, le délai moyen qui sépare le dépôt d'une requête de son jugement est compris entre sept mois et deux ans et demi selon la nature et la difficulté des dossiers.* » in Tribunal administratif de Paris, [En ligne] « *Quelle est la durée de la procédure ?* », consultée le 25 janvier 2020, (<http://paris.tribunal-administratif.fr/Demarches-procedures/Introduire-une-requete-devant-le-tribunal-administratif/Quelle-est-la-duree-de-la-procedure>).

juge administratif a développé certains mécanismes susceptibles de « flouter » la frontière entre les différentes phases de l'instance et ainsi fluidifier le déroulement du procès. Pour illustrer cette idée, nous porterons notre attention sur des dispositifs particuliers : l'enquête à la barre (A) et la note en délibéré (B).

#### A. L'enquête à la barre : pont entre instruction et audience

Selon l'article R. 623-1 du code de justice administrative, « *la juridiction peut, soit sur la demande des parties, soit d'office, prescrire une enquête sur les faits dont la constatation lui paraît utile à l'instruction de l'affaire* ». Cette disposition renvoie à deux catégories d'enquêtes : l'enquête à la barre et l'enquête sur place. Dans sa première forme, l'enquête se déroule lors d'une audience d'instruction et se matérialise par l'audition de témoins par la formation de jugement ou la sous-section d'instruction, s'agissant du Conseil d'État. Les parties peuvent présenter leurs témoins à l'enquête et le juge peut convoquer ou entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité<sup>12</sup>. L'enquête à la barre se tient dans la salle des audiences publiques car c'est « *une mesure solennelle de l'instruction contradictoire* »<sup>13</sup>. Son caractère oral et public, ainsi que le lieu dans lequel ce mécanisme est mis en œuvre, tend à rapprocher l'enquête à la barre de l'audience. Pourtant, il s'agit bien d'une mesure d'instruction comme l'indique le texte du code de justice administrative.

Cette pratique était tombée en désuétude au xx<sup>e</sup> siècle puisqu'elle n'a jamais été utilisée entre 1881 et 1963<sup>14</sup>. Elle a toutefois connu un regain d'intérêt durant les années 2000<sup>15</sup>. La pratique de l'enquête à la barre a un champ d'application quasi illimité puisqu'elle

12 - CE, 7 septembre 2009, n° 330040 et n° 330041, *Dassault*.

13 - GABOLDE Ch., « Dossier 260 – Les moyens d'investigation (synthèse d'actualité : octobre 2019) », *Dalloz professionnels Pratique du contentieux administratif*, juin 2016.

14 - On trouve trace d'une telle pratique dans deux décisions : CE, 23 novembre 1966, *Franck*, Rec. Lebon, p. 997 et CE, 18 avril 1969, *Consorts Vitry*, Rec. Lebon, p. 215.

15 - CE, 6 février 2001, *Château de Gleteins*, Rec. Lebon, p. 71.

concerne aussi bien l'excès de pouvoir<sup>16</sup> que le plein contentieux<sup>17</sup>. Elle peut également trouver à s'appliquer dans les procédures de référés d'urgence. Mais c'est surtout dans les litiges à forts enjeux économiques que ces audiences d'instruction se sont particulièrement développées<sup>18</sup>. On peut notamment mentionner l'exemple de la centrale nucléaire de Fessenheim dont le Conseil d'État avait été saisi d'une demande tendant à la suspension totale et immédiate de son fonctionnement<sup>19</sup>. Dans le cadre des référés, la juridiction administrative a notamment sollicité une enquête à la barre afin de procéder à l'analyse concurrentielle du secteur audiovisuel dans l'affaire opposant les groupes Canal Plus et Vivendi Universal<sup>20</sup>. Il est d'ailleurs devenu usuel que le Conseil d'État ordonne des enquêtes à la barre dans le domaine du droit de la régulation<sup>21</sup>.

La pratique de l'enquête à la barre apparaît ainsi comme un véritable pont entre l'instruction et l'audience, du fait de son caractère à la fois oral et particulièrement technique. L'audition permet d'éclairer le juge sur les aspects pratiques et les intérêts réels que met en jeu le litige. Elle participe dès lors à clarifier le dossier et placer le litige en état d'être jugé. Mais elle s'inscrit parfois également dans la stratégie contentieuse des parties et peut donner lieu à de vifs échanges entre ces dernières. Son déroulement devient même un véritable trait d'union lorsqu'elle intervient à l'occasion d'un référé d'urgence. Dans cette hypothèse en effet, les délais de jugement incombant au juge administratif impliquent que l'instruction se poursuive durant

l'audience et prene alors une véritable forme orale. L'enquête à la barre devient alors aussi bien un élément d'instruction qu'une étape dans le déroulement de l'audience.

### **B. La note en délibéré : pont entre audience et jugement**

La pratique de la note en délibéré a été consacrée à l'article R. 731-3 du code de justice administrative. Elle s'est développée en réaction à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>22</sup>, selon laquelle la non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement ne méconnaît pas le principe du contradictoire dès lors que les parties peuvent en demander le sens général avant l'audience et y répondre après l'audience, afin d'éviter une condamnation sur le fondement de l'article 6§1. Elle permet aux parties d'adresser une note, durant la période où la formation de jugement délibère sur la requête, afin de répondre aux arguments développés par le rapporteur public. Jusqu'alors considérée comme une simple « tolérance »<sup>23</sup> de la part des magistrats administratifs n'emportant aucune obligation formelle et procédurale<sup>24</sup>, le Conseil d'État a tenté d'anticiper une invalidation de la juridiction, en visant pour la première fois explicitement une note en délibéré dans les visas de l'un de ses arrêts<sup>25</sup>. Sans vraiment soumettre les conclusions du rapporteur public à la contradiction, puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'une discussion lors de l'audience, la note en délibéré constitue toutefois un moyen d'y répondre.

C'est d'abord la décision *Leniau*<sup>26</sup> du Conseil d'État, codifiée à l'article R. 741-2 du code de justice administrative, qui a organisé

16 - CE, 12 octobre 2010, n° 332 393 332 421 332 394 336 802 336 904, *Société Bouygues Télécom et autres*.

17 - CAA Paris, 12 novembre 2009, n° 08PA04569.

18 - CE 23 avril 2003, n° 233063, *France Télécom* ; CE, 30 décembre 2011, *Société anonyme de crédit immobilier de France développement*.

19 - CE, 28 juin, 2013, n° 351986 358 080 358 094 358 095, *Assoc. trinationale de protection nucléaire et autres*.

20 - CE, 22 octobre 2012, n° 362346, *Société Groupe Canal Plus et Société Vivendi Universal*.

21 - Pour une application récente, voir CE, 6 novembre 2019, n° 414659, *Société Natixis Asset Management c/Autorité des marchés financiers*.

22 - CEDH, 7 juin 2001, n° 39594/98, *Kress c/ France*, § n° 193.

23 - Selon l'expression de CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, LGDJ, coll. « Précis Domat », 13<sup>e</sup> éd., 2008, p. 771.

24 - Pour plus de précisions sur l'histoire de la note en délibéré dans l'ordre juridictionnel administratif, voir CALLEY G., « Les notes en délibéré dans la procédure administrative contentieuse », *Les Petites affiches*, 25/07/2003, n° 148, p. 4 et s.

25 - CE, 19 octobre 2001, n° 233173, *Société Alstom Transport S.A.*

26 - CE, 12 juillet 2002, *M. et Mme Leniau*, Rec. Lebon, p. 278.

la procédure relative à cette pratique<sup>27</sup>. L'arrêt prévoit en effet que lorsque le juge administratif est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du rapporteur public, d'une note en délibéré de l'une des parties à l'instance, il a l'obligation d'en prendre connaissance avant que le jugement ne soit rendu public. En ce sens, dans le cas où le jugement est rendu le jour même de l'audience sans que les parties en aient été préalablement averties, « *elles ne peuvent être regardées comme ayant été mises à même d'exercer leur droit de présenter une note en délibéré; ce jugement a dès lors été rendu au terme d'une procédure irrégulière* »<sup>28</sup>. Toutefois, le juge n'est pas tenu d'analyser son contenu s'il décide de ne pas rouvrir l'instruction<sup>29</sup>. Il doit cependant viser la note en délibéré sous peine d'irrégularité de la procédure<sup>30</sup>.

Ce mécanisme, initialement instauré pour rétablir l'égalité des armes dans le procès, s'étend au-delà de la seule question des conclusions du rapporteur public puisque la note en délibéré permet à toute partie à l'instance, postérieurement à la clôture de l'instruction, d'attirer l'attention de la formation de jugement sur un ou plusieurs points particuliers de l'affaire. « *La production d'une telle note n'est soumise à aucune forme particulière, elle peut même être rédigée de façon manuscrite et remise au greffier de l'audience* »<sup>31</sup>. En somme, les notes en délibéré sont destinées, plus largement, à compléter les observations orales

27 - Pour quelques exemples du recours à la note en délibéré après la décision de la CEDH, voir CE, 28 décembre 2001, *Commune de Saint-Joly*, n° 225189 ; CE, 14 janvier 2002, n° 135485, Élections municipales de Grand Fayt.

28 - CE, 16 mars 2010, n° 312890.

29 - Nous reviendrons sur la réouverture de l'instruction dans la seconde partie de cette contribution.

30 - Il faut tout de même noter que cette obligation de visa a été assouplie pour le juge des référés. Le Conseil d'État a jugé que les dispositions du code de justice administrative ne prescrivent pas au juge des référés de viser les productions intervenant après la clôture de l'instruction (CE, 24 janvier 2019, n° 424258, *Mme Chabraoui*).

31 - Extrait de « Présentation des notes en délibéré après l'audience d'un tribunal administratif », Réponse du Ministère de la justice publiée dans le JO Sénat du 03/08/2006, p. 2080.

des avocats. S'agissant des notes en délibéré produites dans les instants suivant le prononcé des conclusions, l'habitude a été prise de procéder à leur lecture dès l'ouverture du délibéré. Souvent rédigées de manière spontanée et en réaction au déroulement de l'audience, ces notes constituent pour les parties « *une dernière chance* »<sup>32</sup> d'influencer le sens du délibéré en leur faveur. Elle incarne dès lors une certaine continuité entre l'audience et le délibéré dans lequel se noue le jugement.

Insufflant une certaine « progressivité » dans le déroulement et l'avancement du procès, l'enquête à la barre comme la note en délibéré apparaissent comme des traits d'union liant des moments bien identifiés dans le procès. La chronologie procédurale de l'instance trouve alors une certaine unité, même lorsqu'elle peut s'étendre sur plusieurs mois, voire années. Mais au sein des dispositifs prévus dans le code de justice administrative ou au sein de la jurisprudence, certains peuvent au contraire chambouler la chronologie traditionnellement établie et déformer, voire paralyser, les moments structurant l'architecture du procès administratif.

## II. LES DISPOSITIFS FACTEURS DE BOULEVERSEMENT DANS L'ARCHITECTURE DU PROCÈS

Généralement, un procès se déroule selon un ordre chronologique établi dont la logique est de permettre à la formation de jugement chargée de l'affaire d'établir progressivement le sens de sa décision. Toutefois, certains mécanismes, dont la mise en œuvre bouleverse cette chronologie procédurale trouvent à s'appliquer lorsque, à un moment particulier du procès, le juge ne dispose pas de tous les éléments nécessaires afin d'arrêter la solution du litige. Deux dispositifs seront ici présentés pour illustrer cette idée : la réouverture de l'instruction (A) qui déstructure les trois phases traditionnelles de l'instance, et le sursis à statuer (B) qui paralyse l'avancée de la procédure.

32 - Selon l'expression de AUBY J.-M. et DRAGO R., *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1975, tome I, p. 869.

### A. La réouverture de l'instruction : déstructuration du procès

Un certain nombre d'événements est susceptible d'entraîner la réouverture de l'instruction. Jusqu'à la lecture du jugement, les juges ont la possibilité de rouvrir l'instruction s'ils s'estiment insuffisamment informés sur le litige. Ils ont, en outre, l'obligation de procéder à la réouverture lorsque, après la clôture de l'instruction, est porté à leur connaissance « l'exposé d'une circonstance de fait ou d'un élément de droit dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et qui est susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire »<sup>33</sup>. En d'autres termes, le juge ne peut ignorer les éléments produits sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts. Plus largement, les données factuelles et/ou juridiques de l'affaire évoluent au point d'amener le juge à se réinterroger sur l'issue de la requête<sup>34</sup>. Le juge administratif est également tenu de rouvrir l'instruction « lorsqu'il entend régler l'affaire sur un terrain juridique dont les parties n'avaient pas débattu, parce que ce glissement de terrain résulte d'une jurisprudence du Conseil d'État intervenue postérieurement à sa clôture : il doit dans ce cas mettre les parties à même de présenter leurs observations, ce qui implique une réouverture de l'instruction »<sup>35</sup>. Enfin, le juge doit rouvrir l'instruction pour prévenir une méconnaissance de son office, lorsqu'une production met en lumière ou évoque un aspect de la discussion qui permet au juge d'identifier une « omission » de sa part. Cela peut être le cas lorsque l'une des parties avance un moyen après la clôture de l'instruction, que le juge se devait de relever

33 - CE, 12 juillet 2002, préc. ; CE, Sect., 27 février 2004, n° 252988, *Préfet des Pyrénées-Orientales* ; CE, Sect., 5 déc. 2014, n° 340943, *Lassus*. Toutefois, cette obligation suppose que la partie ait été dans l'impossibilité de produire les éléments nouveaux avant la clôture de l'instruction (CE, 19 décembre 2008, n° 297716, *Montmeza et Lancon*).

34 - Pour plusieurs exemples, voir CE, 27 janvier 2017, n° 393185, *Sté Central garage* ; CE, 28 avril 2017, n° 395867 et 396238, *Commune Bayonne et Société ICB Investimmo Côte Basque* ; CE, 30 mars 2015, n° 369431 et 369637, *Société Eole-Res et min. Égalité des territoires* ; CE, 22 mai 2013, n° 350551, *Clabault*.

35 - LALLET A., « Synthèse – Instruction », *JurisClasseur Justice administrative*, mis à jour le 1<sup>er</sup> avril 2019. Voir en ce sens, CE, Sect., 19 avril 2013, n° 340093, *Chambre de commerce et d'industrie Angoulême*.

d'office. Dans une telle hypothèse, le juge se doit de rouvrir l'instruction et susciter un débat contradictoire sur ce moyen. Cela peut être également le cas lorsqu'une partie présente un élément nouveau, tel que le caractère non réglementaire de dispositions dont l'applicabilité au litige s'en trouve alors mise en cause. Le juge est tenu d'en tenir compte, même lorsque cette partie était en mesure de produire l'élément antérieurement<sup>36</sup>.

La réouverture de l'instruction constitue un élément de déstructuration du procès car elle implique toujours la tenue d'un débat contradictoire et d'une audience publique. Lorsqu'une réouverture d'instruction intervient, elle oblige le juge soit à différer la date de l'audience publique et rallonge inévitablement la durée de la procédure<sup>37</sup>, soit à organiser la tenue d'une nouvelle audience<sup>38</sup>, dans l'hypothèse où la réouverture se produit postérieurement à l'audience publique initiale. Le déroulement traditionnel du procès en trois phases s'en trouve alors bouleversé, bien que cela soit nécessaire.

Si un tel procédé tend à déstructurer la procédure d'un point de vue temporel, il peut également conduire à déstructurer le procès d'un point de vue substantiel. Par un décret du 2 novembre 2016, un article R. 613-1-1 a été ajouté au code de justice administrative, permettant au président de la formation de jugement, postérieurement à la clôture de l'instruction, d'inviter une partie à produire des éléments ou pièces en vue de compléter l'instruction. Il s'agit là d'une innovation procédurale dans la mesure où cette demande, de même que la communication éventuelle aux autres parties des éléments et pièces produits, n'a pour effet de rouvrir l'instruction qu'en ce qui concerne ces éléments ou pièces, et n'entraîne donc pas une réouverture « générale » de l'instruction. Cette réforme a pour effet d'assouplir la procédure de réouverture et d'en contenir l'impact.

36 - Voir en ce sens, CE, 1er juin 2015, n° 368335, *Commune Mareil-le-Guyon*.

37 - Voir en ce sens, CE, 4 mars 2009, n° 317473, *Élections cantonales de Belle-Île-en-Mer*.

38 - Voir en ce sens, CE, 7 décembre 2011, n° 330751, *Département de la Haute-Garonne*.

Dans la pratique, l'application d'un tel mécanisme a pour effet de démembrer la discussion en isolant au sein du débat le ou les aspects nécessitant un approfondissement ou un complément d'échanges.

La réouverture de l'instruction permet, par conséquent, au juge de susciter un échange contradictoire entre les parties lorsque celui-ci estime qu'un ou plusieurs aspects du débat n'ont pas été suffisamment discutés, ou qu'un élément survenu après sa clôture nécessite que les parties s'y attardent afin que le juge puisse forger sa conviction sur ce point particulier. Ce procédé peut donc rallonger la phase d'instruction ou même bouleverser la chronologie traditionnelle de l'instance. Mais dans cette hypothèse, le juge reste maître de la progression du procès. En revanche, il n'en va pas toujours de même lorsque le juge se voit dans l'obligation de surseoir à statuer.

### **B. Le sursis à statuer : congélation du procès**

Le sursis à statuer est un procédé par lequel le juge suspend l'instance jusqu'à une date ou la survenue d'un événement déterminé.

Cela se produit lorsque le juge administratif pose une question préjudicielle dont la réponse commande l'issue du litige. Il peut s'agir d'une question posée à une juridiction judiciaire<sup>39</sup> ou à la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>40</sup>. Plus généralement, cela peut être le cas lorsque l'issue d'un litige est conditionnée par l'intervention d'une décision juridictionnelle à venir<sup>41</sup>. À ce titre, la question prioritaire de constitutionnalité, bien qu'il ne s'agisse pas d'une procédure de renvoi préjudiciel<sup>42</sup>, implique que le juge devant lequel la question est soulevée suspende l'instance<sup>43</sup>. Cette obligation ne vise d'ailleurs pas

seulement la juridiction chargée d'apprécier la transmissibilité de la question de constitutionnalité. Toute instance concernée par l'application des dispositions législatives contestée peut être suspendue, en attendant que le juge constitutionnel statue sur la conformité desdites dispositions à la Constitution<sup>44</sup>. Le sursis à statuer peut, *a fortiori*, être prolongé après que le Conseil a rendu sa décision. Par exemple, dans sa décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, il a fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2011 la date de la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour préserver l'effet utile de sa décision, il a précisé « *qu'il appartient, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à cette date dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles* »<sup>45</sup>.

Une autre hypothèse de sursis à statuer est celle de l'article L. 113-1 du code de justice administrative organisant une procédure de renvoi pour avis au Conseil d'État. Cette procédure dont la mise en œuvre facultative est laissée à l'initiative du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel, ne peut porter que sur une « *question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* ». Le Conseil d'État dispose alors d'un délai de trois mois pour répondre à la question posée, période durant laquelle l'affaire au fond est suspendue.

En matière d'urbanisme, le juge administratif peut recourir au mécanisme du sursis à statuer en cas de régularisation d'un acte administratif. L'article L. 600-5-1 du code de justice administrative prévoit que « *le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé par un permis modificatif peut surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation* ». L'article L. 600-9 du même code permet au juge de surseoir à statuer sur la demande d'annulation d'un document d'urbanisme

39 - Art. R. 771-1 et suivants du code de justice administrative. Pour plus amples précisions sur le mécanisme de la question préjudicielle posée aux juridictions judiciaires par le juge administratif, voir CE, Sect., 23 mars 2012, n° 331805, *Fédération Sud Santé Sociaux*; CE, 11 octobre 2017, n° 397604, *SARL Lezeau*.

40 - Art. 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

41 - Voir en ce sens, CAA Nantes, 1<sup>re</sup> chambre, 16 novembre 2017, n° 16NT00238.

42 - Voir en ce sens, MAGNON X., « La question prioritaire de constitutionnalité est-elle une « question préjudicielle » ? », *AJDA*, 2015, p. 254.

43 - Art. 23-3 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant

loi organique sur le Conseil constitutionnel, JO du 9 novembre 1958, p. 10129.

44 - Art. 23-9 de l'ordonnance n° 58-1067, préc.

45 - CC, du 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L.* [Cristallisation des pensions], cons. 12.

dans l'attente de sa régularisation par l'autorité compétente. Une telle pratique permet d'éviter une annulation contentieuse<sup>46</sup>.

Enfin, le juge administratif peut être amené à surseoir à statuer afin de saisir le Tribunal des conflits en cas de doute sur sa compétence lors d'un litige. L'instance est alors suspendue jusqu'à la décision du Tribunal qui statue également dans un délai de trois mois<sup>47</sup>.

Dans toutes ces hypothèses, en plus de bouleverser le déroulement normal du procès, le sursis à statuer peut également modifier, voire transformer, l'issue du litige. Il faut néanmoins distinguer les cas dans lesquels le sursis à statuer relève d'une obligation pour le juge administratif, comme c'est le cas lorsqu'une question préjudicielle ou une question prioritaire de constitutionnalité est posée, de ceux dans lesquels le mécanisme est simplement facultatif et dont la mise en œuvre relève donc de la seule appréciation du juge<sup>48</sup>. Qu'il soit obligatoire ou facultatif, le sursis à statuer entraîne toujours la suspension du procès et retarde inévitablement son dénouement. Si dans certains cas, c'est l'écoulement d'un certain délai qui met fin au sursis à statuer<sup>49</sup>, il n'en va pas toujours ainsi puisque la reprise de l'instance peut être conditionnée par la survenue d'un événement qu'il n'est pas toujours possible de dater<sup>50</sup>. Dans de telles hypothèses, l'instance peut paraître totalement « paralysée » et s'étendre sur une durée parfois interminable.

46 - Voir en ce sens, CAA de Nantes, 2<sup>e</sup> chambre, 1<sup>er</sup> mars 2019, n<sup>o</sup> 17NT00863.

47 - Art. 32 du décret n<sup>o</sup> 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, JO n<sup>o</sup> 0051 du 1<sup>er</sup> mars 2015, p. 4005.

48 - Voir en ce sens, CE, 19 juin 2017, n<sup>o</sup> 394677, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*.

49 - Par exemple, la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité impose que le Conseil d'État, la Cour de cassation ainsi que le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois.

50 - À titre d'exemple, les questions préjudicielles étaient examinées par la Cour de Justice de l'Union européenne en 2016, dans un délai moyen de quinze mois. Voir, Cour de Justice de l'Union européenne, [En ligne] « Statistiques judiciaires 2016 : la durée des procédures poursuit sa tendance à la baisse au profit des citoyens », Communiqué de presse n<sup>o</sup> 17/17 (page consultée le 31 janvier 2020), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170017fr.pdf>.

\*\*\*

Structuré autour de moments, le déroulement traditionnel du procès peut se voir bouleversé par le recours à divers mécanismes. Certains d'entre eux tendent à « estomper » les frontières établies entre ces différents temps procéduraux, tandis que d'autres en bousculent la progression. Ces éléments « perturbateurs » présentent néanmoins tous la vertu d'enrichir la discussion contentieuse et de conduire le juge vers la quête d'une décision plus éclairée. Si l'architecture classique de l'instance s'en trouve troublée, c'est, *in fine*, la justice administrative qui gagne en qualité.



L'INFLUENCE DU MOMENT SUR LES PROCÉDURES DE RÉFÉRÉ :  
RENCONTRE ENTRE JUGE ADMINISTRATIF, RÉFÉRÉ ET MOMENT

*Laure Romazzotti,  
Docteur en droit public (Pau Droit Public)  
Élève-avocat (EDASOP)*

Sur le perron du Palais Royal, le juge administratif retrouve deux vieux amis, Référé et Moment, qui ne s'étaient pas entrevus depuis fort longtemps. Et si Moment trouve que Référé a bien changé, ce dernier commence à lui raconter son histoire.

Aujourd'hui, de nombreuses procédures de référés sont opérationnelles au sein du paysage juridique : constat, contractuel, expertise ou instruction, liberté, mesures utiles, précontractuel, provision ou encore suspension. Certaines procédures sont « plutôt » générales, d'autres plus spécialisées comme les référés en matière d'asile, en contentieux des étrangers ou encore le référé fiscal. Dans tous les cas, ces procédures de référés sont le reflet des évolutions législatives de ces dernières décennies.

Institué depuis la loi du 28 novembre 1955<sup>1</sup>, le référé administratif était utilisé pour demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné d'ordonner « *toutes mesures utiles sans faire préjudice au principal et sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative* »<sup>2</sup> comme la désignation d'un expert par exemple. Plus

---

1 - Loi n° 55-1557 du 28 novembre 1955 instituant le référé administratif, JO du 1<sup>er</sup> décembre 1955, p. 11646.

2 - Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-1557 du 28 novembre 1955, préc.

tard, par décret de 1988<sup>3</sup>, deux nouvelles procédures sont créées : le référé-instruction, pour demander au juge d'ordonner une mesure d'instruction ou une expertise, et le référé provision pour obtenir une provision sur une créance non sérieusement contestable.

Toutefois, le bouleversement le plus important apparaît avec la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives<sup>4</sup>. Les objectifs de ce projet<sup>5</sup> étaient multiples à savoir « faire du juge des référés un juge de l'urgence efficace »<sup>6</sup> c'est-à-dire donner « une procédure adaptée à l'urgence »<sup>7</sup> tout en simplifiant le « droit en vigueur »<sup>8</sup> mais également en prenant « la mesure des nouveaux pouvoirs du juge »<sup>9</sup> en lui accordant des « moyens humains et financiers »<sup>10</sup>. Dès lors, cette loi s'inscrit comme une « étape majeure du cycle d'adaptation et de transformation de la justice administrative »<sup>11</sup>. En effet, aux côtés des procédures « ordinaires » des articles R. 531-1 (référé-constat), R. 532-1 (référé-instruction) et R. 541-1 (référé provision) du code de justice administrative (CJA), vont être créées de « véritables » procédures d'urgences codifiées aux articles L. 521-1, L. 521-2 et L. 521-3 du même code. Référé-suspension, référé-liberté, référé-mesures utiles deviennent alors le moyen pour les justiciables d'accéder à un juge unique,

3 - Décret n° 88-907 du 2 septembre 1988 portant diverses mesures relatives à la procédure administrative contentieuse, JO du 3 septembre 1988, p. 11253

4 - Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JO n° 151 du 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9948, texte n° 3.

5 - GARREC R., *Rapport n° 380 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives*, Annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1999, URL : <https://www.senat.fr/rap/198-380/198-3800.html>.

6 - *Ibid.*

7 - *Ibid.*

8 - *Ibid.*

9 - *Ibid.*

10 - *Ibid.*

11 - SAUVÉ J.-M., « Bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif », discours d'ouverture lors de la 5<sup>e</sup> édition des États généraux du droit administratif le 26 juin 2015, p. 1, URL : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/bilan-de-quinze-annees-d-urgence-devant-le-juge-administratif>.

désigné pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires tout en devant, au préalable, justifier de la condition d'urgence.

Depuis, une véritable culture de l'urgence s'est développée en France. Si d'un côté les justiciables se sont approprié l'ensemble de ces procédures, reste que l'office du juge des référés a également connu de nombreux ajustements. « Juge de l'urgence »<sup>12</sup> mais aussi « juge dans l'urgence »<sup>13</sup>, ce dernier se doit d'appréhender concrètement les cas qui lui sont soumis au jour où il statue. Et même si ce recours est « de création relativement récente pour les juridictions administratives, le référé s'est aujourd'hui imposé comme un instrument familier »<sup>14</sup> du justiciable. Plus encore, peu importe la procédure choisie, l'objectif est le même pour le juge : répondre rapidement à des situations différentes.

Et si Référé a pu expliquer à Moment son évolution, il se demande bien pourquoi Moment « refait surface ». En réalité, Référé le sait bien : définir Moment est quelque peu complexe tant sa définition peut avoir des conséquences pour lui.

S'il est souvent synonyme d'instant, de période ou de temps, c'est parce qu'on entend par « moment », « un espace de temps précis, situé dans une durée et généralement considéré par rapport à ce qui le caractérise »<sup>15</sup>. Le moment est alors un espace de temps plus ou moins grand, plus ou moins long. Mais comme dirait un célèbre personnage cinématographique, « il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises situations »<sup>16</sup> de telle sorte que le moment peut aussi se définir comme les « espaces de temps où quelqu'un est dans de bonnes, de mauvaises dispositions »<sup>17</sup>. Mais ceci, Référé le sait déjà et c'est bien ce qui l'inquiète car Moment est d'autant plus particulier qu'il est également « l'espace de temps favorable, propice »<sup>18</sup> à faire quelque chose.

12 - *Ibid.*, p. 4.

13 - *Ibid.*

14 - YAZI- ROMAN M., « Référés d'urgence et collectivités territoriales : quinze ans de légalité en temps réel », *AJCT*, 2017, p. 64.

15 - Définition de « moment » in <https://www.cnrtl.fr/definition/moment>.

16 - Citation issue du film « Astérix et Obélix : Mission Cléopâtre » (2002) réalisé par Alain Chabat.

17 - Définition de « moment » in <https://www.cnrtl.fr/definition/moment>.

18 - *Ibid.*

Dès lors, en matière de référé, cette définition du moment est différente et se traduit par diverses interrogations chez le justiciable : à quel moment puis-je saisir le juge administratif ? Pour quel moment puis-je le faire ? Plus encore, le développement des procédures de référé dans le paysage administratif a eu des conséquences importantes car, s'il est désormais établi que le référé suspension est la procédure d'urgence de droit commun, reste que le référé-liberté sera – probablement pour toujours – la procédure d'urgence des libertés.

En réalité, cette rencontre entre Référé et Moment sur le perron du Palais Royal nous oblige à nous poser une question déterminante : comment le référé et le moment s'influencent-ils mutuellement ?

C'est pourquoi notre étude sera divisée en deux temps : quand le référé prend le contrôle sur le moment (I), puis dans un second temps, quand le moment détermine l'action du juge administratif des référés (II).

## I. RÉFÉRÉ VERSUS MOMENT

Lorsqu'il est question de procédure de référé, son déclenchement est très souvent lié à l'urgence du moment ce qui permet au justiciable d'obtenir une décision rapide du juge administratif. Pour autant, cette condition d'urgence peut être qualifiée comme étant « à géométrie variable »<sup>19</sup> dans la mesure où s'il est des cas où elle est indispensable (A), elle apparaît, pour d'autres espèces, plus secondaire (B).

### A. Une condition d'urgence indispensable

Comme a pu l'expliquer l'ancien vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, « l'urgence est devenue une réalité juridictionnelle, avec la création de procédures d'urgence devant le juge administratif »<sup>20</sup>. Que ce soit le référé suspension, le référé liberté ou le référé mesures utiles, ces procédures d'urgence sont « transversales »<sup>21</sup>. Le

19 - YAZI- ROMAN M., *art. cit.*

20 - SAUVÉ J.-M., *art. cit.*

21 - *Ibid.*

juge devra alors traiter de matières très diverses de telle sorte que ces procédures peuvent être utilisées dans n'importe quel domaine offrant aux juristes une jurisprudence assez fournie. Par ailleurs, ces procédures de référés ont entraîné un vrai « contentieux de l'urgence ». En effet, pour chaque saisine, le juge devra vérifier si la condition d'urgence est remplie. Partant, « l'appréciation de cette condition s'avère, dans cette perspective, modulée »<sup>22</sup> mais également concrète puisque le juge devra à la fois prendre une mesure justifiée par l'urgence et plus globalement différente selon la procédure choisie. Et c'est cette réalité qui a entraîné une jurisprudence conséquente en matière de référé.

Commençons alors par la procédure d'urgence de droit commun, à savoir le référé suspension, prévue à l'article L. 521-1 du CJA<sup>23</sup>. Ici, l'objectif est d'obtenir la suspension provisoire d'une décision, y compris de rejet, dans l'attente d'un jugement au fond qui lui est le recours principal. Pour cela, le requérant doit justifier précisément cette condition d'urgence et les effets qu'elle peut entraîner sous peine de voir sa requête rejetée pour défaut d'urgence. S'il est des cas dans lesquels cette condition pourra être présumée pour un renouvellement de titre de séjour<sup>24</sup> ou dans des cas particuliers du permis de construire<sup>25</sup>, reste que tout sera question d'espèce. Aussi, alors même que le moment peut être urgent, la procédure du référé reprend tous ses droits puisque l'urgence doit être remplie pour que le moyen

22 - *Juge des référés*, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, décembre 2015, p. 9, URL : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-des-referes>.

23 - « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».

24 - CE, Sect., 14 mars 2001, n° 229773, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Aueur*, Rec. p. 124.

25 - Art. L. 600-3 du CJA.

relatif au doute sérieux soit étudié. Les justifications fournies par le requérant seront décisives pour que le juge administratif des référés puisse décider « *si les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue [car] il lui appartient également, l'urgence s'appréciant objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, de faire apparaître dans sa décision tous les éléments qui, eu égard notamment à l'argumentation des parties, [le conduise] à considérer que la suspension demandée revêtait un caractère d'urgence* »<sup>26</sup>. Sans cette condition, la procédure ne pourra aboutir.

S'il est une des procédures où l'urgence est déterminante, c'est bien dans le cadre du référé-liberté de l'article L. 521-2 du CJA<sup>27</sup>. Par cette procédure, le justiciable demande au juge administratif de venir au secours de ses libertés. Cela implique de « *démontrer que l'intervention du juge du référé [est] indispensable dans les 48 heures [et] est de nature à faire regarder l'urgence comme une condition s'appréciant plus rigoureusement* »<sup>28</sup>. La condition d'urgence prend alors un autre tournant lorsqu'une liberté « *fondamentale* » est en cause. En ce sens, l'étude de cette condition par le juge administratif est très rigoureuse car il se doit de « *protéger spécialement les libertés* »<sup>29</sup>. Là est alors la différence avec le référé suspension car il contrôle ici l'atteinte à une liberté fondamentale et la gravité de celle-ci. En effet, si l'atteinte est justifiée tout comme sa gravité, alors l'urgence lui permettra de prendre la mesure adéquate. D'autant que le juge, une fois saisi, à 48 h pour rendre sa décision. Une fois encore, définir l'urgence est indispensable.

26 - CE, 14 mai 2003, n° 245628, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan*, Rec. t. p. 924 ; *BJCL*, n° 9/03, octobre 2003, p. 670, concl. LE CHATELIER G.

27 - « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* »

28 - FAURE B., « *Juge administratif des référés statuant en urgence* », *JCl. Administratif*, fasc. 51, 18 octobre 2016.

29 - *Ibid.*

Tout cela est assez différent lorsqu'il s'agit d'étudier le référé mesures utiles de l'article L. 521-3 du CJA<sup>30</sup>. Cette procédure peut être menée par l'Administration qui sollicite, par exemple, l'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public ou encore par un administré pour demander la communication de documents. Dans tous les cas, il n'y aura urgence « *que si la mesure sollicitée est nécessaire à la protection des droits de l'intéressé* »<sup>31</sup>. Or, cette condition d'urgence est indéniablement liée à l'utilité de la demande de telle sorte qu'il n'y aura pas d'urgence s'il n'y a pas d'utilité et s'il existe une ou plusieurs alternatives pour obtenir la mesure. Dès lors, « *l'urgence [pourra], évidemment, être liée à des circonstances exceptionnelles et à une situation de danger qu'il faut prévenir ou à laquelle il [faudra] mettre fin* »<sup>32</sup>.

Quoi qu'il arrive, la condition d'urgence est indispensable pour mener à bien ces procédures de référés. Qu'elle s'analyse en lien avec une atteinte aux libertés fondamentales ou l'application d'une décision administrative, ce moment sera déterminant pour que le requérant voit sa procédure aboutir. En outre, il est des cas dans lesquels la condition d'urgence apparaît plus « *secondaire* ».

### **B. Une condition d'urgence « secondaire »**

Au sein de la palette des procédures disponibles, certaines procédures de référés ne requièrent pas de condition d'urgence à proprement parler mais impliquent une décision rapide du juge administratif. Ces procédures sont communément appelées les « *référés ordinaires* » et correspondent aux référés constat, instruction, provision, contractuel et précontractuel.

Ici, le juge administratif doit se prononcer dans les meilleurs délais<sup>33</sup> car il s'agit, pour le requérant, de demander la « *désignation*

30 - « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative* ».

31 - HAÏM V., « *Référé "mesures utiles"* », *JCl. Administratif*, fasc. 1093-10, 6 octobre 2013.

32 - *Ibid.*

33 - Art. L. 511-1 du CJA.

d'un expert dont la mission sera de constater des faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction »<sup>34</sup> ou encore de « charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission »<sup>35</sup>. Dès lors, les justiciables ont largement recours à ces recours, que ce soit les particuliers ou les collectivités territoriales<sup>36</sup>.

En ce sens, deux procédures doivent retenir notre attention en raison de leur implication dans la vie juridique : le référé précontractuel et le référé contractuel. Dans le cas du référé précontractuel, s'il n'est pas question de condition d'urgence à proprement parler, reste que le juge doit « être saisi avant la conclusion du contrat »<sup>37</sup>. Là est

34 - Art. R. 531-1 du CJA : « S'il n'est rien demandé de plus que la constatation de faits, le juge des référés peut, sur simple requête qui peut être présentée sans ministère d'avocat et même en l'absence d'une décision administrative préalable, désigner un expert pour constater sans délai les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction. Il peut, à cet effet, désigner une personne figurant sur l'un des tableaux établis en application de l'article R. 221-9. Il peut, le cas échéant, désigner toute autre personne de son choix. Avis en est donné immédiatement aux défendeurs éventuels. Par dérogation aux dispositions des articles R. 832-2 et R. 832-3, le délai pour former tierce opposition est de quinze jours ».

35 - Art. R. 531-2 du CJA : « Les dispositions des articles R. 621-3 à R. 621-11, à l'exception du second alinéa de l'article R. 621-9, ainsi que des articles R. 621-13 et R. 621-14 sont applicables aux constats mentionnés à l'article R. 531-1 ».

36 - V. par ex. CAA Douai, 12 mai 2020, n° 19DA02802, CAA Bordeaux, 8 octobre 2019, n° 19BX02708 ou encore pour les collectivités territoriales, CAA Nancy, 4 août 2020, n° 20NC00963.

37 - Art. L. 551-1 du CJA : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».

donc l'urgence ce qui implique par contre pour le juge de statuer dans des délais précis<sup>38</sup> en application de l'article R. 551-5 du CJA. Aussi, une fois la signature du contrat formalisée, les candidats évincés, par exemple, pourront être amenés à avoir recours à une autre procédure de référé.

En matière de référé contractuel, le juge administratif est amené à « suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, saufs'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages »<sup>39</sup>. Ici encore, point de condition d'urgence mais des délais stricts à respecter pour le justiciable qui veut utiliser cette procédure prévue par l'article R. 551-7 du CJA<sup>40</sup> ce qui, de fait, lui impose de choisir le bon moment pour saisir le juge. En réponse, le juge devra statuer sur les demandes qui lui seront présentées dans un délai d'un mois<sup>41</sup>.

38 - « Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. Dans le cas des demandes présentées avant la conclusion de contrats mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-15, le juge ne peut statuer avant le onzième jour à compter de la publication de l'intention de conclure le contrat ».

39 - V. art. L. 551-17 du CJA.

40 - « La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'attribution du contrat, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standards pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ».

41 - Article R. 551-9 du CJA : « Le président du tribunal administratif ou le magistrat

Tous ces référés, comme ceux d'urgence précédemment cités, ont des conséquences importantes pour ses auteurs puisqu'ils permettent de saisir le juge administratif et obtenir en fonction du moment une réponse de ce dernier. Toutefois, « *le juge administratif n'échappe même plus aux polémiques épidermiques secouant l'actualité* »<sup>42</sup> ce qui l'oblige parfois à redéfinir les conditions de ses interventions.

## II. MOMENT VERSUS RÉFÉRÉ

Pour chaque matière, et les référés n'en font pas exception, le juge administratif est tenu par les textes. Pour autant, il est des cas où il va s'en écarter. En effet, « *même s'il est le juge de l'évidence, il procède à un réglage fin de ses décisions, en les ajustant aux circonstances particulières de chaque espèce* »<sup>43</sup>. Le juge administratif doit alors prendre en compte le moment mais dans une autre dimension c'est-à-dire qu'il peut être amené à considérer le contexte dans lequel le litige se place. Cette prise de hauteur l'oblige alors à apprécier le moment en fonction de la situation (A) et à adapter les effets de sa décision (B) bouleversant son office mais également sa responsabilité<sup>44</sup>.

### A. L'appréciation du moment par le juge des référés

Peu importe la procédure de référé, le juge administratif est obligé de prendre en compte le moment. Autrement dit, il apprécie au cas par cas chaque situation pour rendre sa décision. Par exemple, dans le cadre de la procédure du référé-liberté dans laquelle le juge examine la condition d'urgence, il peut, en présence de risques sanitaires, l'apprécier « *en tenant compte non seulement de la situation de l'entreprise requérante mais aussi l'imminence des risques que ces mesures se*

---

qu'il délègue statue dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées en vertu de l'article L. 551-13 ».

42 - YAZI- ROMAN M., *art. cit.*

43 - SAUVÉ J.-M., *art. cit.*

44 - BRETONNEAU A. et LESSI J., « La question de l'arrêt des traitements devant le Conseil d'État », *AJDA*, 2014, p. 790.

*proposent de prévenir* »<sup>45</sup> ou bien ordonner « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* »<sup>46</sup>.

Si en principe le juge des référés statue seul, il a la possibilité, depuis la loi du 20 avril 2016<sup>47</sup> et l'article L. 511-2 du CJA, de statuer en formation composée de trois juges « *lorsque la nature de l'affaire le justifie* »<sup>48</sup>. Plus encore, et « *pour la première fois depuis que les procédures d'urgence instituées par la loi du 30 juin existent, [la formation collégiale du Conseil d'État composée] de dix-sept juges a (...) eu à connaître d'un référé d'urgence privilège jusqu'ici réservé, s'agissant des formations collégiales, à la section du contentieux* »<sup>49</sup>. Dans cette affaire désormais célèbre, le juge administratif vient estomper le caractère d'urgence de telle sorte que l'espèce nécessitait de prendre malheureusement le temps de la réflexion et de mettre à profit le panel de mesures disponibles dans le cadre de ses fonctions. En effet, comme l'explique le rapporteur public Rémi Keller, « *Nous n'ignorons pas qu'il est inhabituel – bien qu'aucune disposition ne l'interdise – de proposer des mesures d'instruction dans le cadre d'un référé suspension ou liberté - a fortiori devant l'assemblée du contentieux. Mais aucune disposition ne l'interdit* »<sup>50</sup>. Le juge administratif va, de sa propre initiative, appliquer une procédure particulière pour une

45 - CE, ord., 14 mars 2003, n° 254827, *Commune d'Évry*, Rec. t. p. 931.

46 - Art. L. 521-2 du CJA : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ». V. par ex. l'injonction au préfet de se prononcer dans un bref délai sur la demande de délivrance de titre de séjour pour un enfant, CE, 10 juillet 2020, n° 441518.

47 - Art. 62, 9° de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, JO n° 0094 du 21 avril 2016, texte n° 2.

48 - « *Lorsque la nature de l'affaire le justifie, le président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux peut décider qu'elle sera jugée, dans les conditions prévues au présent livre, par une formation composée de trois juges des référés, sans préjudice du renvoi de l'affaire à une autre formation de jugement dans les conditions de droit commun* ».

49 - BRETONNEAU A. et LESSI J., *art. cit.*

50 - KELLER R., Concl. sous CE, Ass., 14 février 2014, n°s 375081, 375090 et 375091, Rec. p. 31.

situation d'urgence particulière. En l'espèce, « avant de se prononcer sur les requêtes » présentées en urgence, il est demandé à « un collègue de trois médecins »<sup>51</sup> une expertise médicale et au titre d'un « *amicus curiae* » que plusieurs entités présentent au juge des observations écrites en raison de leurs connaissances et leurs compétences.

Cette évolution a des conséquences intrinsèques sur un élément déterminant de la procédure du référé et plus précisément pour le référé-liberté. Si l'urgence est une condition fondamentale, reste que le juge administratif doit l'apprécier dans des délais très stricts par rapport au référé suspension à savoir 48 h. Plusieurs scénarios sont possibles : le juge peut effectivement statuer en 48 h ; le juge peut, et rien ne lui interdit, statuer plus rapidement comme dans l'affaire Dieudonné pour lequel « l'arrêté préfectoral d'interdiction du spectacle "Le Mur" avait été pris le 7 janvier 2014, l'ordonnance sur contestation de l'intéressé en première instance a été rendue le 9 janvier et celle en appel le même jour »<sup>52</sup> ; ou encore dans des délais beaucoup plus long comme dans l'affaire Lambert en lui permettant d'obtenir des informations complémentaires pour rendre sa décision.

En tout état de cause, cette question du délai est significative pour le juge des référés. En effet, c'est parce que l'urgence du moment prend le pas sur la procédure, que ce dernier prendra telle ou telle décision. Ce processus se traduira au sein de son ordonnance de référé ce qui nous permettra de nous interroger sur les effets du moment sur sa décision.

### **B. Les effets du moment sur le dispositif de l'ordonnance**

Les effets de la décision du juge administratif des référés sont intrinsèquement liés à sa nature car « il n'est que le juge de l'évidence ou

de la vraisemblance : il ne peut donc pas donner à sa décision de portée irréversible »<sup>53</sup>. C'est en ce sens que le juge des référés est couramment appelé le juge du provisoire. Par exemple, en matière de référé suspension, l'objectif sera de « neutraliser provisoirement les effets d'une décision administrative en attendant qu'il soit statué sur la requête au principal »<sup>54</sup>. En outre, le juge sera amené à préciser que « l'administration ne peut laisser ce provisoire durer indéfiniment [et que le] retrait doit intervenir dans un délai raisonnable, qui ne peut excéder quatre mois »<sup>55</sup>. Dès lors, le moment influence le dispositif de l'ordonnance de référé puisque le juge administratif impose à l'administration de se prononcer dans des délais plus ou moins brefs. Cela peut être le cas par exemple lorsque le Conseil d'État est saisi en appel sur une ordonnance de référé rendue par le juge administratif de premier ressort. En raison de l'urgence du moment, il pourra enjoindre à l'administration de se prononcer « à très bref délai sur la demande » de délivrance de titre de séjour d'un enfant séparé de ses enfants<sup>56</sup>.

Pour autant, il est des cas dans lesquels il est légitime de se poser la question de savoir si le juge des référés est effectivement un juge du provisoire par rapport aux effets de sa décision. Tel est le cas par exemple des référés précontractuel et contractuel pour lesquels le juge pourra être amené à prononcer l'annulation de la procédure voire du contrat. Certes le moment a influencé le recours à ces procédures mais le fait que le contrat soit annulé est bel et bien une décision irréversible ne pouvant être modifiée que par la réorganisation du processus contractuel par l'Administration si elle en fait le choix. Le définitif prend donc le pas sur le provisoire de telle sorte que le dispositif de l'ordonnance de référé rendue par le juge aura des conséquences entraînant, par exemple, la reprise des relations contractuelles.

51 - CE, Ass., 24 juin 2014, n° 375081, Rec. p. 31. V. sur ce point TRUCHET D., « L'affaire Lambert », *AJDA*, 2014, p. 1669, mais également DOMINO X., « Arrêt des traitements : le Conseil d'État apporte de nouveaux éclairages », *AJDA*, 2017, p. 2012.

52 - FAURE B., « Juge administratif des référés statuant en urgence », *JCl. Administratif*, fasc. 51, § 54, 18 octobre 2016.

53 - YAZI- ROMAN M., *art. cit.*

54 - LE BOT O., « Référé-suspension », *JCl. Administratif*, fasc. 1093, 30 avril 2018.

55 - MONTECLER DE M.-C., « Une décision ne peut pas rester provisoire trop longtemps », *Dalloz actualité*, 31 mai 2018.

56 - CE, 10 juillet 2020, n° 441518.

Mais s'il est des cas où provisoire ne rime pas, c'est, sans jeu de mots, dans l'affaire Vincent Lambert et dans ses « dérivés » au sein la jurisprudence administrative. Par cette procédure, « *le litige l'entraînait potentiellement sur le terrain de l'irréversible* »<sup>57</sup>. Ici, la question de l'irréversibilité ne se pose pas dans l'action du juge mais bel et bien dans la décision qu'il rendra et donc dans son dispositif. Dès lors, et comme nous l'avons expliqué précédemment, si le fait de différer sa décision apparaît nécessaire, c'est parce qu'il aura inévitablement des conséquences sur le dispositif qu'elle pourra engendrer c'est-à-dire, dans le cas de l'affaire Lambert, l'arrêt des traitements et des soins.

En fin de compte et parce que la prise en compte de tous les éléments de l'espèce est déterminante, « *Juge de l'urgence et de l'évidence, le juge des référés ne saurait disposer de la même palette d'outils que le juge du fond* »<sup>58</sup>. Il peut suspendre une décision administrative, prendre toutes mesures utiles, ordonner une mesure d'expertise, faire droit à la demande du justiciable en prononçant une injonction de faire ou de payer, prendre « *toutes mesures nécessaires* » à la protection d'une liberté fondamentale. Quoi qu'il arrive, le moment ne saurait précipiter le juge des référés tant sa décision aura des effets et ce, même s'ils ne sont que provisoires.

Pour conclure, il ne fait aucun doute que Référé compte de manière importante dans le paysage juridique français. Le justiciable (personne publique, personne privée ou personne morale) l'utilise dans de nombreux cas et en fonction de différents moments. Et c'est en cela que les procédures de référés sont aussi exploitées. En effet, le critère du moment est décisif pour pouvoir les mettre en place de telle sorte que Moment est déterminé à les questionner et sans cesse les renouveler. Avec le temps, il est évident que Référé et Moment ne peuvent se séparer puisque l'un dépend de l'autre et que le juge administratif doit inévitablement les prendre tous deux en compte ce qui fait écho à ces mots prononcés par Jean-Marc Sauvé : « *Le temps de la justice coïncide désormais avec le temps de l'action administrative. Mais,*

*lorsqu'il descend de l'Olympe dans l'arène de l'actualité, le juge peut rencontrer les pressions et les passions de l'opinion publique et des médias et il s'expose, par-là, à de nouveaux défis. L'urgence ne saurait conduire à la précipitation, ni à la confusion des rôles. Car l'acte de juger requiert, même et surtout dans l'urgence, une prise de distance, pour s'isoler du tumulte des opinions et des contingences et faire vivre pleinement les principes d'une justice indépendante et impartiale* »<sup>59</sup>.

57 - BRETONNEAU A. et LESSI J., *art. cit.*

58 - SAUVÉ J.-M., *art. cit.*

59 - *Ibid.*, p. 12.

—C—

*L'influence du moment  
sur l'issue de l'instance*



L'INFLUENCE DU MOMENT  
SUR LA RÉDACTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE

*Maverick Martins*

*Doctorant en droit public*

*Institut d'études ibériques et ibérico-américaines, IE2IA, UMR 7318 DICE*

L'autrice Colette écrivait dans la retraite sentimentale qu'« *il faut avec les mots de tout le monde écrire comme personne* ». Cette idée pourrait à elle seule illustrer la philosophie des réformes en cours dans les juridictions françaises s'agissant de la rédaction des décisions de justice, si ces dernières avaient réellement réussi à atteindre l'objectif de rendre les décisions compréhensibles pour tou(te)s les justiciables.

121

S'intéresser à la rédaction même des décisions de justice peut sembler très accessoire, dès lors que l'on peut considérer que la doctrine juridique commente volontiers davantage le contenu que le contenant des décisions juridictionnelles<sup>1</sup>. Or la rigidité, le cérémonial entourant la rédaction des décisions de justice amènent à se questionner sur l'importance du contenant. Bien qu'une partie, non négligeable, du travail de rédaction réside dans le choix des mots en vue de préciser, compléter, ou donner du sens à certaines normes

---

1 - Il n'est évidemment pas question ici de dire que personne n'a jamais écrit sur la rédaction des décisions de justice, mais plutôt de souligner le fait que le commentaire juridique se concentre sur le fond du droit. À titre d'exemple voir, MALHIÈRE F., *La brièveté des décisions de justice*, Thèse, 2011 ; ou encore ANCEL J.-P., *La rédaction des décisions de justice en France*, 1998, *Revue internationale de droit comparé*, n° 50-3, pp. 841-852.

supérieures, cette analyse quasi-légistique des décisions de justice ne fera pas l'objet de cette étude qui se concentrera volontiers sur le style rédactionnel des juridictions françaises.

La décision de justice est un texte d'une éminente importance, dans le sens où, constituant le support écrit du jugement, cette trace écrite de la décision prise consécutivement à l'instance permet de diffuser et justifier la position du juge. Sa diffusion est destinée principalement aux parties à l'instance, mais au-delà, ces décisions sont scrutées autant par les praticien(ne)s du droit, ou les universitaires, que les profanes<sup>2</sup>, les justiciables, les citoyen(ne)s ou de plus en plus les médias. Ainsi, la méthode rédactionnelle retenue pour les décisions de justice a un impact réel sur la perception du jugement par toutes ces personnes plus ou moins proches de l'affaire et plus ou moins techniciennes de la science juridique. À ce stade, il faut alors observer qu'aucune rédaction ne pourra être parfaitement satisfaisante pour répondre aux attentes quasi antinomiques de toutes les personnes qui auront à lire, analyser et comprendre les décisions de justice. Il semble illusoire d'imaginer une rédaction qui puisse autant convenir à l'universitaire qui cherchera à dégager la règle de droit telle qu'explicitée par le juge, ou entre autres de faire une analyse de la résolution juridictionnelle d'un conflit de normes, qu'à un(e) justiciable qui veut simplement comprendre pour quelles raisons telle décision lui est imposée, ou qu'à un(e) journaliste qui va vouloir retranscrire le plus simplement possible une décision pour en déduire dans le meilleur des cas une information à destination du plus grand nombre, ou plus simplement à faire un article sensationnel<sup>3</sup>. Il ne peut pas être fait l'économie de penser à chacune des personnes qui regarderont la décision car comme le dit un célèbre aphorisme « *justice must not only*

2 - En soulignant que la multiplication des contentieux bénéficiant de la dispense du ministère d'avocat(e)s implique que de plus en plus de non-juristes lisent des décisions de justice.

3 - Il faut rappeler que les cours de justice accompagnent régulièrement leurs décisions d'un communiqué destiné à la presse. C'est alors bien plus souvent le commentaire de ce communiqué qui apparaît dans les médias que celui de la décision originale.

*be done but also be seen to be done* »<sup>4</sup> impliquant la difficulté de devoir rendre la décision juridique accessible à tou(te)s.

Dans le même sens, il ne fait nul doute qu'une seule et unique méthode rédactionnelle ne pourra pas convenir à toutes les juridictions et toutes les affaires. Autrement dit, les attentes d'une décision de justice varieront selon la juridiction ou selon une affaire précise. Toutefois, les juges français ont traditionnellement adopté une méthode rédactionnelle « similaire ». C'est-à-dire que les décisions qu'elles proviennent du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, ou de la Cour de cassation, se composaient d'une phrase unique tripartite comprenant les visas, les motifs et les dispositifs, dans un développement historiquement laconique<sup>5</sup>, l'*imperatoria brevitatis*. Cette structure avait pour objectif de renforcer le syllogisme juridique de la solution dégagée par le juge. Cette phrase unique était précédée de la mention « Au nom du peuple français » avant d'annoncer le(s) dispositif(s) par un « Décide ». Cette structure quelque peu archaïque a été la norme pour toutes les juridictions françaises jusque très récemment. Le juge n'avait jusqu'alors jamais saisi le moment du changement. Les évolutions majeures de la compétence du juge n'ont eu guère d'effets sur la rédaction de ses décisions ; la révolution numérique et la diffusion de plus en plus large de la jurisprudence n'ont pas non plus eu cette conséquence.

C'est aujourd'hui que nous vivons le moment de basculement du juge. Bien que les décisions de justice soient marquées de près de deux cents ans de conservatisme d'une rédaction au charme suranné, depuis les années 2010, des réflexions se sont organisées dans toutes les juridic-

4 - Trad. : « il ne faut pas seulement que la justice soit rendue, mais aussi qu'elle donne l'impression d'avoir été rendue ».

5 - Il faut entendre par là succin. Certain(e)s diront que la brièveté historique des décisions de justice implique la faiblesse de l'argumentation, BARANGER D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle – Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Jus Politicum*, 2012, n° 7, pp. 2-16, ici il s'agit davantage de constater que malgré un allongement plutôt récent des motifs des décisions de justice, l'argumentation du juge français demeure globalement brève (à l'aune de la comparaison par exemple avec la Cour européenne des droits de l'homme).

tions en vue d'en moderniser l'approche formelle. C'est d'abord le Conseil constitutionnel, sous l'impulsion du président Fabius<sup>6</sup>, qui va dès 2016 abandonner la phrase unique et développer des décisions écrites au style direct. Dès lors, le Conseil constitutionnel sera suivi par le Conseil d'État en janvier 2019. La Cour de cassation, quant à elle, abandonnera son ancienne méthode de rédaction à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2019. Ces réformes, bien qu'allant dans un sens identique visant à moderniser le style des juges français, ne sont pas toutes de la même ampleur. Quand la Cour de cassation cherche à typographier différents types de motivation de ses décisions, le Conseil d'État se contente d'un « lifting » stylistique. Alors même que des expérimentations en vue d'une modernisation de la rédaction ont eu lieu dans les tribunaux administratifs depuis 2013, sous l'impulsion du rapport Martin<sup>7</sup> remis en 2012 au Conseil d'État, les « Cours Suprêmes » françaises ont connu une évolution rédactionnelle d'abord par un communiqué du président du Conseil constitutionnel<sup>8</sup>, mais par suite, de véritables guides de rédaction ont vu le jour avec le *vade-mecum* du Conseil d'État<sup>9</sup> ou bien encore les dossiers complets de la Cour de cassation<sup>10</sup>. À leur examen, il faut comprendre que le parangon du

6 - Le Monde, 18 avril 2016, *Laurent Fabius présente ses projets pour le Conseil constitutionnel*. Disponible en ligne : [https://www.lemonde.fr/politique/article/2016/04/18/laurent-fabius-presente-ses-projets-pour-le-conseil-constitutionnel\\_4903997\\_823448.html](https://www.lemonde.fr/politique/article/2016/04/18/laurent-fabius-presente-ses-projets-pour-le-conseil-constitutionnel_4903997_823448.html)

7 - Rapport Martin, avril 2012, *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, présidé par Philippe Martin. Disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/groupe-de-travail-sur-la-redaction-des-decisions-de-la-juridiction-administrative-rapport-final>

8 - Communiqué de presse du Président du 10 mai 2016, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqués/communiqué-du-président-du-10-mai-2016>

9 - Conseil d'État, 10 décembre 2018, *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative. Disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/juridiction-administrative-nouveaux-modes-de-redaction-des-decisions>

10 - Cour de cassation, 5 juin 2019, Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts. Disponible en ligne : [https://www.courdecassation.fr/institution\\_1/reforme\\_cour\\_7109/travaux\\_reforme\\_2014\\_2019\\_9706/redaction\\_decisions\\_9223/](https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/travaux_reforme_2014_2019_9706/redaction_decisions_9223/)

juge est en plein bouleversement alors qu'auparavant, le souci premier était la rigueur du raisonnement juridique. Le juge cherche désormais à rendre plus accessible, intelligible et acceptable la décision au/à la citoyen(ne), au/à la justiciable, en somme aux non-initié(e)s.

Ainsi, les diverses réponses avancées démontrent l'importance du moment jurisprudentiel que vivent toutes les juridictions françaises. Le moment de l'explication de ses décisions et par voie de conséquence le moment du progrès<sup>11</sup>. Toutefois, les modifications rédactionnelles embrayées ne permettent pas nécessairement de « parler clair »<sup>12</sup>. Bien qu'il faille acter l'impossibilité de trouver une rédaction unique et satisfaisante des décisions de justice, il est possible de se demander en quelle mesure les réformes engagées sont les marqueurs de l'évolution d'un juge avec son temps qui sait enfin saisir le moment de bousculer deux siècles de conservatisme, tout en envisageant les évolutions à venir. Les diverses réformes entreprises par les juridictions françaises sont empreintes d'une volonté de faire progresser la compréhension par tou(te)s des décisions qu'elles rendent. En effet, cette prise de conscience intervient dans un climat de défiance généralisé face à l'autorité, *lato sensu*, défiance qui touche aussi les juridictions<sup>13</sup>. L'explication et la compréhension des décisions sont indubitablement liées à leur acceptation et à la confiance que le/la justiciable aura dans la justice. Actuellement, il n'existe guère plus de structure qui peut asseoir sa légitimité sur son seul statut, la justice n'y fait pas défaut, il faut alors regagner cette légitimité. Le moment du renouvellement rédactionnel des décisions de justice n'a alors rien d'anodin. Peut-être arrive-t-il (trop) tard, sûrement était-il nécessaire dans ce moment particulier.

11 - DE BÉCHILLON D. « Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif au Conseil d'État », *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 359.

12 - Selon les mots de Laurent Fabius dans son entretien au Monde du 18 avril 2016, *op. cit.*

13 - À titre d'illustration, sondage IFOP du 31 octobre 2019, « Les Français et la justice ». Disponible en ligne : <https://www.ifop.com/publication/les-francais-et-la-justice-4/>

Il faut dès lors considérer que le style de rédaction d'une décision de justice comporte deux aspects, d'une part la forme de la décision de justice (I), c'est-à-dire dans ses choix rédactionnels, dans les outils de langage que le juge manie et d'autre part, le contenu même de cette décision (II), il s'agit alors des méthodes argumentatives utilisées.

### I. UNE SIMPLIFICATION DE FORME DE LA RÉDACTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE

Le paradigme du juge a changé depuis quelques années ; le laconisme formalisé dont il faisait preuve jusqu'alors a aujourd'hui laissé place au souci de lisibilité, de pédagogie et de communicabilité de sa décision. Cela intervient pour deux raisons principales, la première étant que le public auquel s'adresse le juge a considérablement évolué, la seconde étant que son office s'est élargi, il ne faut pas oublier, en outre, que les voies contentieuses de contestation se sont considérablement élargies ce qui a impliqué une diversification importante des profils de requérant(e)s devant les diverses juridictions ; les pouvoirs dont dispose le juge se sont diversifiés et les affaires qu'il traite sont de plus en plus complexes. Dès lors, la forme de la rédaction des décisions de justice a évolué vers une simplification.

C'est en ce point le changement le plus flagrant opéré par les juges. Bien qu'épisodiquement il eût été possible d'apercevoir dans les juridictions administratives les balbutiements de décisions de justice qui abandonnent la phrase unique et le « considérant » au profit du style direct et de la numérotation des paragraphes argumentatifs<sup>14</sup>, la révolution est intervenue avec le Conseil constitutionnel<sup>15</sup> le 10 mai 2016 marquant la mort du considérant dans l'une des trois juridic-

14 - Conseil d'État, 10<sup>e</sup> sous-section jugeant seule, 17 juillet 2013, n° 364655, n° 361764, n° 361763, n° 356063, n° 352193 ; il s'agit ici des premières décisions rendues par le Conseil d'État dans son nouveau style rédactionnel avant de lancer l'expérimentation dans des chambres volontaires de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel dès 2014 (dont la Cour administrative d'appel de Paris), puis en 2017 à la Cour nationale du droit d'asile.

15 - Conseil constitutionnel, 10 mai 2016, n° 2016-539 QPC.

tions majeures de ce pays. Pour la première fois il peut être lu dans une décision du juge constitutionnel : « le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit »<sup>16</sup> avant de développer son argumentation dans des paragraphes numérotés écrits au style direct et régulièrement ponctués par des points. Il n'en fallut pas moins pour insuffler un vent de modernité dans les autres juridictions. Dorénavant, les juges de droit public abandonneront le considérant, la phrase unique et le style indirect. La juridiction judiciaire, quant à elle, a abandonné l'« attendu que » et a calqué la rédaction de ses décisions sur celle des juridictions publiques à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2019.

Finis alors les phrases de plusieurs pages contenant autant de subordinées que le juge estime nécessaires au développement de son argumentation. Désormais, un considérant valise au début des motifs suffit à permettre au juge de développer ses arguments dans des paragraphes numérotés. Une incontestable simplification a été apportée à la rédaction des décisions de justice. Ne serait-ce par exemple à la lecture des visas où l'on peut désormais lire « Au vu des textes suivants... » ou « Au vu des pièces suivantes... » à la place de l'interminable anaphore de « vu » précédemment usitée.

Le juge administratif est allé encore plus loin dans sa réforme de janvier 2019 en décidant d'abandonner, lorsque cela est possible, les termes latins. Ironiquement, c'est le « *vade-mecum* » sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative qui préconise d'utiliser un vocabulaire plus moderne. En effet, au-delà de l'abandon du latin, le juge recommande d'éviter l'usage de termes jugés désuets ou trop techniques, tels que « juridiction de céans », le verbe « apparoir », l'adjectif « querellé », l'expression « interjeter appel », ou bien encore les « frais irrépétibles », expressions maintes fois montrées du doigt pour leur inutile complexité et leur douce désuétude<sup>17</sup>.

D'aucun(e)s diront que cette simplification n'est qu'une fantaisie esthétique du juge. Les plus rétifs à la modernisation de la rédaction

16 - *Ibid.*

17 - LANTERO C., « Le justiciable et le discours du juge », 2019, *Revue française de droit administratif*, pp. 682-695.

des décisions de justice arguent qu'une fois passée la surprise de la singularité de rédaction des juges, ces derniers tenaient un raisonnement compréhensible<sup>18</sup>. Or l'ancienne méthode rédactionnelle excluait *de facto* de la compréhension de la décision le public non-juriste. En effet, afin de comprendre les tenants et aboutissants de nombreuses décisions, un travail d'analyse particulièrement accru était demandé au lecteur. Par conséquent, les justiciables lambda étaient totalement en dehors de la compréhension claire de la décision qui leur était destinée. Dès lors, cela posait un problème certain quant à l'acceptabilité de la décision défavorable. Comprenez que lorsqu'une décision de justice est prise à votre encontre, il est au minimum attendu de comprendre les raisons qui motivent cette décision. L'enjeu de l'acceptabilité est primordial lorsqu'il s'agit d'exécuter une décision de justice. Effectivement, une décision acceptée, donc comprise, sera plus aisément exécutée qu'à l'inverse.

De plus, il est souvent opposé à la simplification rédactionnelle des décisions de justice le risque de perdre la rigueur et la précision du jugement<sup>19</sup>. Or rien ne permet d'affirmer que le style indirect, la phrase unique et plus largement l'archaïsme de la rédaction des décisions de justice dont faisait preuve le juge permettait de maintenir cette rigueur et cette précision. Combien de commentateurs/rices attaché(e)s à « l'ésotérisme »<sup>20</sup> des juges ont aussi exprimé de véhémentes critiques à l'égard de diverses décisions sous l'empire de l'ancienne rédaction ?

18 - Il faut avouer que la doctrine juridique était assez d'accord avec le constat selon lequel la syntaxe rédactionnelle des décisions de justice était archaïque, bien que certains hommages aient pu être rendus à ces tournures de phrases si familières des juristes. DUCHON-DORIS J.-C., « Libres propos sur la rédaction des décisions de justice », 28 septembre 2012. Disponible en ligne : <http://marseille.cour-administrative-appel.fr/content/download/9286/27988/version/1/file/libres-propos-sur-la-redaction-des-decisions-administratives.pdf>

19 - Le rapport Martin de 2012 rappelle que le formalisme rédactionnel des décisions des juges administratifs est un marqueur du désir de paraître rigoureux dans son raisonnement, *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, op.cit.*, p. 12.

20 - MELLERAY F., « Vade-mecum. Le vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », 14 janvier 2018, *La semaine juridique*, n° 1-2, édition générale, p. 75.

Il peut, toutefois, être apporté une certaine relativisation à l'idée de modernisation rédactionnelle apportée par les différents juges. Au-delà de louer le bouleversement philosophique opéré par les juridictions, il faut nuancer ce propos car bien que le style ait été allégé, la technicité de la matière juridique d'une part et le souhait des juridictions de conserver une certaine « élégance du langage »<sup>21</sup> d'autre part, n'ont pas rendu les décisions parfaitement intelligibles grâce à une simplification formelle. Le style des juges demeure très spécifique aux décisions de justice, les termes utilisés sont toujours empreints d'une forte spécificité intrinsèque à la matière juridique. Ainsi, le juge a su, certes actualiser son lexique, avec un retard certain, mais il y est parvenu. Toutefois, au regard du temps dans lequel s'inscrit ce moment d'évolution, il est fort à parier, et sûrement louable, que la forme rédactionnelle des décisions de justice évoluera encore à l'avenir. Au-delà de la pure forme stylistique, les démonstrations parfois alambiquées des juges introduisent aussi un flou dans le contenu de la décision.

## II. LA PRÉCISION DU CONTENU DE LA RÉDACTION DE LA DÉCISION DE JUSTICE

Dès lors qu'il faut aborder le contenu même de la rédaction des décisions de justice, il s'agit principalement d'analyser la motivation de ces dernières. En effet, le style du juge ne repose pas uniquement sur la forme rédactionnelle qu'il adopte aussi mais sur le contenu de sa rédaction. La principale mission du juge depuis la Révolution française avec la loi des 16 et 24 août 1790 est de motiver les décisions qu'il prend. Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>, toutes les décisions de justice en France sont

21 - *Vade-mecum, op. cit.*, p. 3.

22 - Au regard du contentieux issu de l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Notamment, CEDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, req. n° 8950/80 ; CEDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, req. n° 21522/93 ; CEDH, 10 mai 2015, *Magnin c. France*, req. n° 26219/08 ; CEDH, 1<sup>er</sup> juillet 2003, *Suominen c. Finlande*, req. n° 37801/97 ; CEDH, 12 avril 2004, *Perez c. France*, req. n° 47287/99.

aujourd'hui motivées<sup>23</sup> ; la motivation est aujourd'hui « au cœur de la fonction de juger »<sup>24</sup>.

La motivation des décisions de justice répond principalement à trois objectifs : justifier, c'est-à-dire éviter l'arbitraire du juge, expliquer à des fins pédagogiques essentiellement à destination des justiciables, mais aussi contrôler, ou plus précisément permettre un contrôle de la décision en vue de respecter le droit à un recours effectif, notamment à la cassation.

Traditionnellement, la motivation des décisions de justice en France est marquée par une particulière brièveté. En effet, l'*imperatoria brevitatis* implique que l'argumentation du juge est un énoncé péremptoire qui a pour objectif de conduire à une décision qui n'aurait pas pu être différente de celle retenue. Or, dans les faits, il ne fait pas secret qu'une décision de justice est rarement évidente, que tant les dispositifs que les motifs de la décision suscitent des débats entre les juges et les différents acteurs de la décision en amont – et souvent au sein de la doctrine en aval. Cependant, au moment de rendre la décision il ne reste rien d'autre de ces débats que la solution retenue et le raisonnement juridique qui conduisent inéluctablement à la décision. Cette méthode de motivation donne l'illusion benoîte aux justiciables que la décision prise était la seule solution possible en droit.

En outre, la brièveté de la motivation des décisions de justice est un risque certain pour la sécurité juridique dans le sens où le silence des juges sur certains arguments ne permet pas une prévisibilité du droit satisfaisante pour le/la justiciable et pour le/la praticien/ne du droit.

En ce sens, c'est la réforme de la rédaction des décisions de la Cour de cassation qui se montre la plus proluxe dans la recherche de l'explicitation de sa décision. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2019, la

23 - Il peut exister pour certaines catégories de jugement des exceptions, mais le principe est la motivation ; à titre d'exemple la motivation partielle des arrêts de cour d'assise est admissible du fait que les jurés prennent leur décision selon leur propre conviction, CEDH, 15 novembre 2001, *Papon c. France*, req. n° 54210/00.

24 - CHATEAU-GRINE M., *La motivation des décisions du juge administratif*, Thèse, 2018, p. 14.

Cour de cassation a mis en place ce qu'elle appelle la « motivation développée »<sup>25</sup> ; c'est-à-dire que pour certaines décisions (à savoir, revirement de jurisprudence, question de principe, unité de la jurisprudence, garantie d'un droit fondamental, renvoi préjudiciel<sup>26</sup>) la Cour s'efforce de développer davantage sa motivation. Elle peut par exemple expliquer les solutions qu'elle n'a pas retenues, ou argumenter par l'usage de ses précédents. De plus, la Haute juridiction, en cas de cassation avec renvoi, donnera des précisions utiles sur ce qu'il reste à juger<sup>27</sup>. Ainsi, le juge judiciaire répond directement aux exigences d'acceptabilité de la décision et de sécurité juridique.

Le Conseil d'État, quant à lui, a été beaucoup plus frileux sur cette question. Le *vade-mecum* rappelle que le juge entend respecter « la marque de fabrique des décisions des juridictions administratives »<sup>28</sup>. Il peut toutefois être noté que le juge administratif a fait un effort de développement de motivation ces dernières années, cela est d'autant plus notable dans les tribunaux administratifs. Cependant, peut-être pourrait-il s'inspirer à l'avenir des évolutions notables du juge judiciaire.

Enfin, le Conseil constitutionnel se trouve dans une position encore plus particulière. En effet, il demeure un souci relevé à maintes reprises par la doctrine, celui de l'explication des motifs de ses décisions dans les commentaires officiels<sup>29</sup>. En effet, une grande partie

25 - Selon les propos de Chantal Arens, Première présidente de la Cour de Cassation « Il est désormais acquis que les arrêts de la Cour de cassation présentent une motivation enrichie et développée dans des cas précis [...] si la situation s'y prête. C'est, en quelque sorte, un minimum. », *La semaine juridique*, édition générale, n° 13, 30 mars 2020, p. 629.

26 - Cour de cassation, décembre 2018, « Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée », principalement pp. 22-24. Disponible en ligne : <https://www.courdecassation.fr/IMG///NOTE%20MOTIVATION%2018%2012%202018.pdf>

27 - A titre d'exemple voir, Cour de cassation, deuxième chambre civile, 6 février 2020, n° 18-17.868.

28 - *Vade-mecum*, op. cit., p. 3.

29 - En ce sens, SCHOETTL J.-É., « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25, Dossier : 50<sup>e</sup> anniversaire, pp. 11-12.

de l'explication des motifs de la décision réside dans un texte qui n'a pas de valeur juridique et constitue une sorte de « *méta-motivation* »<sup>30</sup>. Ceci pose évidemment un problème, notamment dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Lorsque le législateur était le destinataire unique des décisions du Conseil, la question du développement n'était pas prioritaire. Désormais, cette question est un peu plus prégnante, les justiciables s'étant saisi(e)s de la question du contrôle de constitutionnalité. Cette remarque reste à nuancer au regard du contrôle objectif opéré par le juge et les conséquences de ses décisions. En effet, même dans le cadre de la QPC, ce sera toujours au législateur de palier à la déclaration d'inconstitutionnalité<sup>31</sup>.

En tout état de cause, la question de la rédaction des décisions de justice est loin d'être accessoire à l'instance et démontre un intérêt particulier. Il n'empêche que nous sommes à l'aube de cette (r)évolution rédactionnelle. Certes, le moment a été accéléré par les exigences du droit européen, toutefois, il s'agit d'une évolution certaine de la philosophie des juges dans la rédaction des décisions de justice. Le moment de cette évolution semble incroyablement tardif alors que les questions d'acceptabilité et d'intelligibilité des décisions de justice, et plus globalement de légitimité sociale du juge, se posent depuis de très nombreuses années. Toutefois, louons la prise de conscience du juge et espérons que ce moment qui s'est ouvert dure jusqu'à l'élaboration d'une méthode rédactionnelle encore plus satisfaisante pour tou(te)s.

30 - Pour faire écho aux propos du professeur MAGNON X., « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel? », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2013, n° 38, p. 207.

31 - En soulevant, en outre, que la déclaration d'inconstitutionnalité peut ouvrir la possibilité du recours en responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles depuis les arrêts du Conseil d'État, 24 décembre 2019, n° 425981, n° 425983, n° 428162.

## L'INFLUENCE DU MOMENT SUR LA COMMUNICATION DES DÉCISIONS DU CONSEIL D'ÉTAT

*Stéphanie Douteaud*  
*MCF en droit public à l'ULCO*

Printemps 2018. J'écoute avec attention la voix de Nicolas Demorand annonçant que les avocats de Mathieu Gallet viennent de déposer un recours contre la décision rendue par le CSA, devant le Conseil d'État. Habitée de l'émission de radio, je m'avoue étonnée. Ce n'est pas si souvent que le Palais royal y est évoqué.

Été 2018. Alors que je prépare le cours de contentieux administratif à l'aide d'un ouvrage consacré à l'histoire du Conseil d'État<sup>1</sup>, mon attention se focalise sur un événement qui, compte tenu de ma préoccupation du moment, aurait dû relever de l'anecdote. Abordant l'affaire « Canal »<sup>2</sup>, j'apprends que de nombreux articles de presse ont été consacrés à ce juge qui, audacieux ou arbitraire selon les affinités de leur auteur, venait d'annuler l'ordonnance présidentielle instituant une juridiction militaire d'exception chargée de juger les membres de l'O.A.S. L'ouvrage comprend par ailleurs un extrait des Mémoires du président de la République dans lequel le principal intéressé livre son sentiment personnel à propos de cette décision du Conseil d'État<sup>3</sup>.

---

1 - FOUGÈRE L. (dir.), *Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Éd. du CNRS, Paris, 1974, pp. 903 s.

2 - CE, Ass., 19 octobre 1962, *Sieurs Canal, Robin et Godot*, Rec., p. 552.

3 - FOUGÈRE L., *ouvr. préc.*, pp. 901 s., citant DE GAULLE C., *Mémoires d'espoir*, Paris, 1971, T. II, pp. 45 s. et 74 s.

Si mon regard de juriste publiciste se tourne presque naturellement vers le Conseil d'État, celui des non-juristes ne s'y pose que très occasionnellement (sinon accidentellement<sup>4</sup>). Et lorsque cette situation se produit, elle résulte rarement d'une démarche spontanée. On apprend généralement qu'un dossier est entre les mains du juge du Palais royal à la faveur d'un « post » publié sur les réseaux sociaux ou d'un signalement dans les journaux, quel que soit leur format.

La circonstance que les journalistes fassent un sujet d'une affaire n'est pas anodine. En pareille situation, le moment place le juge administratif au cœur du débat public. La nature des faits discutés dans la salle d'audience aiguise la curiosité de l'opinion publique. Le Conseil d'État est alors implicitement invité à sortir du silence qui le caractérise. L'alternative existe : laisser à d'autres (aux journalistes et à la classe politique notamment) le monopole du discours ou prendre la parole. Autrement dit : s'abstenir, en refusant de sortir de son rôle traditionnel, ou s'emparer du discours en communiquant sur la décision.

Le Conseil d'État privilégie la seconde option depuis bien longtemps. L'institution communique sur ses propres arrêts, ordonnances et avis contentieux<sup>5</sup>. Il est clair que ce choix est intimement lié au moment.

Se demander si le moment (dont nous préciserons bientôt la nature) influence la communication du droit dit, c'est se demander s'il modifie le *choix* de communiquer, la *manière* de le faire et le *contenu* du message diffusé. Avant de proposer quelques éléments de réponses, précisons ce qui n'a été que sous-entendu jusqu'ici. Les communicants

4 - En période ordinaire, c'est-à-dire, hors pandémie.

5 - La rigueur terminologique invite à distinguer chaque terme, conformément au glossaire publié sur le site du Conseil d'État. Ceci étant dit, nous nous en tiendrons au vocable « décision » pour désigner ces trois types d'actes. Le Conseil d'État nous y autorise, dès lors qu'il regroupe sous une rubrique nommée « *les dernières décisions importantes* » des décisions, ordonnances et des avis contentieux (sans compter que le « *Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux* » comporte également des avis). Nous préférons employer le terme adéquat lorsqu'une affaire particulière sera évoquée.

envisagés dans cette contribution sont exclusivement les membres du Conseil d'État. La question à l'origine de cette étude est dès lors la suivante : l'institution est-elle perméable au(x) moment(s) lorsqu'il s'agit de communiquer, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de s'adresser aux tiers extérieurs à la juridiction, afin de livrer ou de préciser le contenu d'une décision<sup>6</sup> ?

Les ressources habituelles de la chercheuse en droit sont impuissantes à l'éclairer sur le sujet (réserve faite du Recueil Lebon). L'exercice exige d'adopter de nouveaux réflexes méthodologiques. Les résultats de la recherche sont issus de l'utilisation de deux procédés. *Primo*, d'une série d'entretiens réalisés au Conseil d'État avec des personnalités intervenant dans le processus de communication<sup>7</sup>. *Secundo*, du dépouillement des outils de communication institutionnels (le site web<sup>8</sup> et le compte Twitter du Conseil d'État, sans avoir été écarté des sources documentaires, le Recueil n'a pas fait l'objet d'une étude aussi minutieuse, l'observation portant essentiellement sur son architecture) et extra institutionnels (articles de presse généraliste et spécialisée, rédigés par ou à partir d'interviews du vice-président ou du président de la Section du contentieux).

Les éléments recueillis confirment l'intuition de départ : le moment est indéniablement un facteur explicatif de la stratégie de

6 - Il ne sera pas question de la communication au sens processuel du terme (et notamment des questions relatives aux échanges des pièces versées à l'instruction, ou de l'envoi de la décision aux parties et/ou aux tiers à l'instance).

7 - Les entretiens se sont déroulés entre le 30 janvier et le 28 mai 2019 avec, par ordre chronologique, Monsieur le Président B. Stirn, Messieurs Y. Faure, C. Malverti et V. Villette, responsables du CRDJ (centre de recherche et de diffusion juridiques), Monsieur C. Touboul, porte-parole, Madame C. Riposa, directrice adjointe de la direction de l'information et de la communication. Je leur renouvelle mes très sincères remerciements.

8 - Une nouvelle version du site web est intervenue à la fin du mois de mai 2019 alors que nos travaux étaient achevés. C'est pourquoi les rubriques visées dans cette intervention sont celles qui existaient sous la précédente version. Nous nous efforcerons de renseigner les correspondances vers les nouvelles rubriques (l'arborescence du site inauguré en mai 2019 ayant été dépouillé d'un certain nombre de rubriques).

communication. La difficulté réside dans la détermination du rôle qu'il revêt. Ou plutôt *des rôles* qu'il revêt. Le moment ne génère pas une force motrice unidirectionnelle mais exerce une fonction ambivalente à l'égard du droit « dit ». Élément de structuration de la communication (I), il joue parfois les fauteurs de troubles (II). Cette proposition est sans doute sujette à discussion. Ce travail est imprégné d'une irréductible part de subjectivité, celle de l'auteur de ces lignes d'abord, celle des communicants ensuite, soumis à un phénomène variable, empirique, et assez largement inconscient (de sorte que l'exacte part de détermination qu'exerce le moment sur la communication demeure indéterminable). Sous cette réserve, tentons la démonstration de ce que nous venons d'annoncer.

### I. LE MOMENT, ÉLÉMENT DE STRUCTURATION DE LA COMMUNICATION DES DÉCISIONS

Puisque la communication est dénuée de son acception procesualiste, un élément essentiel doit être rappelé : en pur droit, rien n'oblige le Conseil d'État à communiquer. Nulle règle, nul principe ne contraint le Palais Royal à diffuser ses décisions et à en expliquer les implications. Ceci alimente d'ailleurs l'impression selon laquelle le droit administratif est un droit d'« initiés », baignant dans le secret que seuls les plus avertis seraient en mesure de percer à jour<sup>9</sup>.

Si le Conseil d'État est affranchi de toute obligation, il faut en déduire que l'acte de communiquer résulte d'un choix délibéré. Le juge communique, mû par l'intention de diffuser le droit dit en dehors des murs du Palais. Cette volonté est inextricablement liée au moment. Tant l'apparition (A) que l'évolution (B) des canaux de communication s'expliquent par l'intervention d'un ou plusieurs événements factuels.

9 - VEDEL G., « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, n° 31, p. 31, 1979-1980, spéc. p. 37, le propos de l'auteur est immédiatement nuancé par la circonstance que certains arrêts du Conseil d'État sont publiés et accompagnés des conclusions du commissaire du gouvernement.

#### A. Le moment favorise l'apparition des vecteurs de communication

Le Recueil est le doyen des vecteurs de communication. Il occupe une place essentielle dans la communication des arrêts rendus par le Conseil d'État. Sa périodicité annuelle, jamais contrariée, pas même sous la Seconde guerre mondiale<sup>10</sup>, a conforté son importance.

Le Recueil naît du souhait de porter les arrêts à la connaissance des avocats et d'en maîtriser la compréhension, au moment où l'ordre des avocats aux conseils adopte la physionomie qu'on lui connaît : celle d'un corps unique réunissant avocats au Conseil d'État et avocats à la Cour de cassation. Macarel commence la création du Recueil en 1821<sup>11</sup>, quatre ans après l'unification de l'ordre<sup>12</sup>. Le Recueil est administré par le Conseil d'État à partir de 1947<sup>13</sup> (la première de couverture précise encore aujourd'hui que les volumes sont édités « sous le haut patronage du Conseil d'État »). À compter de cette année-là, la détermination des règles de sélection des arrêts et des éléments de langage les accompagnant revient, en exclusivité, au Conseil d'État. Ce transfert répond à la volonté du Palais Royal de maîtriser l'initiative et les modalités de la communication des décisions. Deux changements en témoignent : très rapidement, les notes de bas de page utilisées par leurs auteurs pour critiquer une décision ou émettre une réserve disparaissent, remplacées par les

10 - Déplacés successivement à Angers, Monséguir et Royat, et en dépit des lourdes difficultés matérielles qu'ils rencontraient, les membres relevant de la section du contentieux ont poursuivi leur activité (excepté entre le 7 juin et le 8 novembre 1940, où le traitement des dossiers fut interrompu). Chaque année judiciaire donna naissance à un nouveau tome du Recueil *Lebon*.

11 - MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H., « Sur la sélection des arrêts du Recueil Lebon », *RFDA*, 1998, p. 768. Son édition revenait, jusqu'en 1947, à des avocats aux conseils.

12 - L'ordre est unifié à la faveur d'une ordonnance royale édictée par Louis XVIII, *ord. 10 septembre 1817 créant l'ordre des avocats aux conseils du Roi et à la Cour de cassation*, Bull. des lois, 7è S., B. 175, n° 2823.

13 - Confié au CRDJ lors de la création du centre en 1953, v. MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H., *préc.*, p. 770.

conclusions du commissaire du gouvernement<sup>14</sup>. Le Recueil porte l'empreinte de la juridiction ; il se présentera à l'avenir comme l'outil de communication institutionnelle privilégié.

Son contenu et son organisation entravent son accessibilité. Le Recueil s'adresse à un public de spécialistes (universitaires, magistrats, avocats), sa vocation n'est pas de porter un message aux profanes, dépourvus des codes techniques inhérents à la discipline juridique. Conscient de cet écueil, le Président Marceau Long crée un poste d'attaché de presse. Le premier titulaire du poste est recruté à la toute fin des années 80. Cette judicieuse mutation institutionnelle s'explique par le contexte jurisprudentiel. En l'espace de quelques années, le Conseil d'État résout plusieurs affaires auxquelles l'opinion publique se montre sensible (tels les dossiers intéressant le port des signes religieux<sup>15</sup>). Les commentaires dans la presse se multiplient. Par méconnaissance de la logique juridique, quelques journalistes succombent à la maladresse voire à la surinterprétation des décisions<sup>16</sup>. La création d'un attaché de presse est motivée par le souci de réduire ces approximations.

Ces exemples confirment que le moment est à l'origine d'au moins deux innovations (même si, pour la première d'entre elles, la nouveauté réside principalement dans l'orientation donnée à l'instru-

14 - Sur ce point, on lira l'étude du professeur M. Deguerge, DEGUERGUE M., « L'évolution du poids du Recueil Lebon » in *La communication des décisions du juge administratif*, BOURDON P. (dir.), actes du colloque organisé au Mans le 12 avril 2019, LexisNexis, 2020, p. 19.

15 - Les références de ces arrêts figurent dans la note n° 37.

16 - Sur l'arrêt « *Kherouaa* », v. not., COQ G., « Foulards. Désespérer Montfermeil ? », *Le Monde*, éd. du 14 novembre 1992, rubrique « Au courrier du Monde », p. 2 ; CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa* et a., Rec., p. 389. Le risque de mésinterprétation persiste. Pour un exemple récent, on se référera à certains articles rédigés à l'annonce de la décision dite « des consuls », avant la diffusion du communiqué de presse rédigé par les services du Conseil d'État, et suggérant que le Palais Royal entendait s'opposer à une nomination particulière du président Macron, v. not., WESFREID M. « Le choix de Macron de nommer Philippe Besson au consulat de Los Angeles retoqué », *Le Figaro.fr*, publié le 27 mars 2019 ; CE, Sect., 27 mars 2019, req. n° 424 394, 424 656 et 424 695, *Synd. CFDT Affaires étrangères et a.*, Rec., p. 76.

ment qu'à la modélisation de l'instrument lui-même) : d'une part, un *outil* de communication technique, d'autre part, une *fonction* consistant à vulgariser les arrêts et les avis contentieux dotés d'un intérêt médiatique.

### **B. Le moment encourage l'évolution des vecteurs de communication**

Le Recueil a connu de nombreux changements au cours des décennies qui ont suivi son transfert au Palais-Royal. Une part non négligeable des modifications a affecté la forme de l'outil. La nomenclature des rubriques aux Tables a régulièrement été retouchée, les entrées étant jugées tantôt désuètes et rayées, tantôt fondues dans d'autres. Or, ces mutations reflètent les ondulations de l'activité jurisprudentielle, elles suivent la nature des litiges soumis au juge en fonction des crispations suscitées par l'activité réglementaire. Le moment n'est pas étranger à cette évolution. Le séculaire volume papier se décline également sous un format numérique depuis la création du portail « Dalloz.fr ». Ici, le changement est dicté par l'apparition de nouveaux modes de consultation. D'autres évolutions sont d'ordre substantiel. C'est ainsi que la méthode présidant à la sélection des arrêts référencés s'est affinée<sup>17</sup>. Tant l'initiative du référencement que les modalités de définition des abstracts ont été modifiées.

Au-delà de ces mutations internes, le Recueil a assisté à la diversification des outils de communication. Des instruments périphériques, destinés à un public hétérogène sont apparus, tels que, par ordre chronologique : la chronique de jurisprudence à l'AJDA<sup>18</sup>, le

17 - La présidente C. Maugué et le président adjoint de la Section du contentieux identifient trois principaux critères guidant la sélection des arrêts (par ordre de priorité : un critère organique, défini en fonction de la formation de jugement saisie du dossier, puis deux critères qualitatifs. Le premier tient à l'intérêt juridique de la décision, le second est relatif à la nouveauté de la/des question(s) soulevées par l'affaire). Deux critères subsidiaires s'appliquent, le cas échéant : « *le retentissement de l'affaire jugée dans l'opinion publique* » et la qualité de la rédaction de la décision, MAUGUÉ C. et STAHL J.-H., art. préc., pp. 777-778.

18 - La première « chronique générale de jurisprudence administrative » apparaît

« petit Combar nous »<sup>19</sup>, les rubriques du site web du Conseil d'État respectivement dédiées aux « décisions faisant l'objet d'une communication particulière »<sup>20</sup> et à « la sélection d'arrêts les plus importants »<sup>21</sup> et, plus récemment, la page consacrée à l'anniversaire d'une grande décision. S'il porte plus loin la parole du Palais Royal, ce foisonnement de vecteurs questionne leur utilité ou, à tout le moins, leur affectation à une fonction déterminée. C'est ainsi que la « sélection d'arrêts les plus importants », relevant du portefeuille de l'un des directeurs du CRDJ, a cessé d'être alimentée à partir de 2016. La rubrique a été supprimée de la nouvelle version du site internet, inaugurée en mai 2019. La page accessible depuis les tweets célébrant l'anniversaire d'une grande décision du Conseil n'y figure plus en tant que telle<sup>22</sup> mais le compte Twitter de l'institution, lui, demeure alimenté par ces messages commémoratifs<sup>23</sup>. Les changements identifiés interviennent à dessein. L'objectif est triple : rendre la jurisprudence plus intelligible, distinguer les décisions pourvues d'un intérêt supérieur aux autres, spécialiser le discours selon la qualité du destinataire.

en 1954. MM. Gazier et Long en ont la responsabilité. À l'époque, cette charge leur est confiée en qualité d'auditeurs. La mention « responsables du centre de documentation » figure, pour la première fois, dans le numéro de juin 2004.

19 - Édité sous la responsabilité du CRDJ, ce fascicule thématique et biennal est le fruit d'une initiative du président Combar nous, président de la Section du contentieux entre 1986 et 1995.

20 - Cette rubrique rassemble l'ensemble des décisions ayant donné lieu à un communiqué de presse. Inaugurée le 18 mai 2009, elle s'intitule désormais « les dernières décisions importantes ». Le communiqué est consultable en cliquant sur le lien référant la décision concernée.

21 - Cette page apparaît le 3 juin 2014.

22 - Les publications commémoratives du compte Twitter comportent un lien renvoyant l'utilisateur vers l'onglet du site internet consacré aux « grandes décisions du Conseil d'État » lequel fusionne les anciennes « pages » « anniversaire » et la « sélection d'arrêts les plus importants » existantes sous la version précédente (son contenu débordait le contenu respectif des deux anciennes pages).

23 - En témoignage des tweets signalant le 69<sup>e</sup> anniversaire de la décision « Dehaene » et le 23<sup>e</sup> anniversaire de la décision « Koné » (CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec., p. 426 ; CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. p. 255.), datés des 7 et 3 juillet 2019 soit près de deux mois après la mise en service du nouveau site internet.

En ce qui le concerne, l'attaché de presse a rapidement cédé la place à la création de la direction de la communication, essentiellement composée de spécialistes de la communication. La lutte contre la désinformation et contre les intox volontaires ou accidentelles est à l'origine de l'apparition de la « dir comm ». Ce service est ouvert en 2008, sept ans après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000<sup>24</sup>. Huit ans plus tard, un rapporteur public est nommé au poste de porte-parole du Conseil d'État. L'attribution des missions dévolues à chacun de ces acteurs répondait alors au besoin de communiquer sur des affaires largement commentées dans les médias (en particulier l'affaire « Lambert »<sup>25</sup>, s'agissant du porte-parole). Les rôles qui leur sont assignés ne sont pas tout à fait superposables. Alors que le porte-parole recourt à un langage technique et s'attarde sur la dimension juridique de la décision en cause, les éléments de langage de la « dir comm » sont empruntés au secteur de l'information et de la communication. On mesure combien les échanges qu'elle entretient avec le CRDJ et le président de la Section du contentieux sont précieux. Quoi qu'il en soit, l'attraction médiatique a provoqué des mutations institutionnelles au Palais Royal et a peu à peu conduit à privilégier l'outil de vulgarisation que constitue le communiqué de presse.

Les contours de la communication des décisions se sont épaissis au fil du temps, sous l'influence du moment. Mais de quel moment, au juste ? Il n'aura peut-être pas échappé à la sagacité du lecteur que ce sont bien « des » moments (et non pas « un » moment abstrait et monolithique) qui gouvernent l'exercice.

Un moment jurisprudentiel en premier lieu. Celui-ci englobe plusieurs paramètres, quantitatifs (telle que l'augmentation du nombre de décisions jugées annuellement) et qualitatifs (les transformations des thématiques du droit administratif *lato sensu*, les revirements de jurisprudence, les tempéraments et exceptions apportés à une règle

24 - Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives, *JORF* n° 151 du 1<sup>er</sup> juillet 2000, p. 9948.

25 - CE, Ass., 14 février 2014, *Mme L. et a.*, Rec., p. 32 ; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme L. et a.*, Rec., p. 176.

jurisprudentielle...). Ce type de moment exerce une force motrice sur la *communication technique*, c'est-à-dire sur les outils s'adressant avant tout aux professionnels du droit. À leur égard, il constitue le principal facteur d'explication de leur genèse et de leur(s) mutation(s).

Un moment médiatique, en second lieu. En somme, ce moment structure la *communication de vulgarisation* à destination des non-juristes. Il se caractérise par l'intérêt que la presse et les autres médias portent à une affaire réglée au Conseil d'État, cette attention étant elle-même inextricablement dépendante des préoccupations – réelles ou supposées – de l'opinion publique. Ceci est si vrai que la « dir comm » s'étonne que, parfois, les journalistes la contactent lors du dépôt du recours et/ou le jour de l'audience<sup>26</sup>, parce que l'opinion publique s'intéresse alors au sujet (et que la séance dévoile les arguments des parties que le secret de l'instruction gardait, jusqu'alors, confidentiels), puis se désintéresse du sens de la décision, la focale s'étant déplacée vers d'autres horizons. C'est le cas, par exemple, de la contestation du décret fixant la limitation maximale de vitesse autorisée à 80 km/h sur certaines routes<sup>27</sup> : l'audience de référé-suspension a fait l'objet de plusieurs dizaines d'articles de presse, l'arrêt jugé au fond est, lui, passé inaperçu<sup>28</sup>. De manière générale, le niveau d'intérêt médiatique se mesure à l'affluence des journalistes à l'audience, aux articles de presse et aux tweets consacrés à l'affaire ainsi qu'au nombre d'appels reçus par la « dir comm » et le porte-parole.

Ce découpage binaire appelle deux remarques.

*Primo*, le plus souvent, les deux « moments » n'interfèrent guère entre eux. L'intérêt jurisprudentiel des décisions rendues est le principal

critère guidant la sélection des arrêts, avis et ordonnances chroniques à l'AJDA. Les responsables du CRDJ jouissent d'une liberté de choix totale ; ils ne reçoivent aucune demande des membres du comité éditorial non plus que de la Troïka. La sélection n'est pas exsangue de considérations subjectives mais celles-ci ne sont intégrées au processus qu'en cas de besoin<sup>29</sup>. Les affinités scientifiques des trois directeurs seront alors prises en compte comme la publication des conclusions du rapporteur public dans une revue (celle-ci étant d'ailleurs susceptible d'atténuer l'intérêt de la chronique sauf lorsqu'il s'agit de conclusions contraires). Quand l'occasion est trop belle, les responsables du centre saisissent l'opportunité de la célébration de l'anniversaire d'une grande décision pour en faire la synthèse critique<sup>30</sup>. Quoi qu'il en soit, ils dressent discrétionnairement la liste des décisions chroniquées. La « dir comm », elle, concentre son attention sur les questions intéressant l'actualité, de sorte que le service signale régulièrement des décisions pourvues d'un faible intérêt juridique. C'est ainsi que les arrêts jugés à propos de l'exploitation du parc éolien exploité au large de Saint-Brieuc ont tous deux fait l'objet d'un communiqué de presse. Aucun d'eux n'est pourtant classé en « A »<sup>31</sup>. Dans le même ordre d'idées, la lecture de l'ordonnance rendue à propos de la suspension de l'athlète Clémence Calvin s'est accompagnée d'un communiqué, en dépit de son classement en « C » (dont sont assorties les décisions non publiées)<sup>32</sup>. Ceci dit, le moment jurisprudentiel converge parfois avec le moment médiatique. Cette coïncidence trouve une traduction dans la politique de communication : si la situation est rare, il arrive qu'une décision fichée en « A » soit accompagnée d'un communiqué de presse<sup>33</sup>. Tel

29 - Cette remarque ressort en filigrane dans l'étude publiée par C. Maugué et J.-H. Stahl en 1998, v. note n° 17, *Supra*.

30 - FAUREY., MALVERTI C., « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA*, 2019, p. 506.

31 - CE, 24 juillet 2019, req. n° 416862, *Sté Nass & Wind smart services*, Rec. t., p. 764 ; CE, 24 juillet 2019, req. n° 418846, *Assoc. Gardez les caps*, Rec. t., p. 764. Toutes deux sont fichées en « B ».

32 - CE, ord., juge des référés, 8 juillet 2019, req. n° 431500, *Mme A*.

33 - V., par ex., CE, ord., juge des référés, 4 avril 2019, req. n° 429370, *M. Hamon*, Rec., p. 105. Le fichage est un critère parfaitement indifférent pour la « dir.

26 - Étant précisé que la « dir comm » ne peut diffuser d'informations avant la lecture de la décision.

27 - V. not. CE, ord., juge des référés, 25 juillet 2018, req. n° 422147, *M. A*.

28 - Une recherche sur « *Europress* » limitée aux 5 jours suivants les deux phases de l'affaire, confirme qu'aucun article n'a été consacré à l'arrêt du 24 juillet 2019 (CE, 24 juillet 2019, req. n° 421603, *Ligue de défense des constructeurs*, Rec. t., p. 871) quand les ordonnances rendues un an auparavant ont, elles, fait l'objet d'une cinquantaine de signalements.

est le cas de l'arrêt du 26 juin 2019, qui annule partiellement l'arrêt réglementant la mise sur le marché des pesticides<sup>34</sup> ou encore de la décision d'exécution condamnant l'État à une astreinte de 10 000 000 € par semestre de retard dans la mise en conformité des plans relatifs à la qualité de l'air<sup>35</sup>. Voilà qui illustre la rencontre « des » moments.

*Secundo*, la communication au Conseil d'État semble savamment ordonnée, suivant un principe implicite de spécialisation. Elle obéirait à une parfaite coïncidence de trois paramètres soit : 1- la nature du moment considéré (jurisprudentiel ou médiatique), 2- la qualité de l'organe/de l'autorité habilité(e) à communiquer (le CRDJ, la « dir comm » sur ordre de la Troïka, ou le porte-parole) et 3- l'outil de communication requis. Dans la pratique, cette correspondance est souvent démentie. Alors que la célébration de l'anniversaire d'un grand arrêt est inspirée par le moment jurisprudentiel, c'est un tweet de la « dir comm » qui commémore l'événement. Plus significativement, à l'heure où nous écrivons ces lignes, la décision de publier un communiqué de presse est réservée à la Troïka<sup>36</sup>. Désormais intégrée au processus décisionnel, la « dir comm » signale le niveau d'intérêt médiatique d'une affaire aux membres de la Troïka. On mesurera dès lors le caractère à la fois précieux et incontournable des échanges entre les services de la communication et les membres statutaires du Conseil d'État. Le langage médiatique étant parfois rétif à la rigueur du langage juridique, trouver le meilleur compromis entre vulgarisation et fidélité à la décision est un exercice exigeant.

Pluridimensionnel, le moment invite l'institution à décliner l'activité en fonction du destinataire du message communiqué. Sous

comm ».

34 - CE, 26 juin 2019, req. n<sup>os</sup> 415 426 et 415 431, *Assoc. Générations futures et a.*, Rec., p. 233.

35 - CE, Ass., 10 juillet 2020, req. n<sup>o</sup> 428409, *Assoc. Les amis de la Terre et a.*, à paraître.

36 - La chaîne de responsabilité est articulée comme suit : le pouvoir de décider d'accompagner une décision d'un communiqué de presse appartient à la Troïka. Le CRDJ et le porte-parole préparent une ébauche adressée, ensuite, à la « dir comm » et au président J.-D. Combrexelle qui l'amendent, le cas échéant. Le document définitif est arrêté par le vice-président du Conseil d'État.

son influence, la communication au Conseil d'État se modélise, elle prend forme, elle se structure autour d'une double logique d'indépendance et de spécialisation.

Mais lorsqu'il se teinte de complexité, le moment vient perturber la paisible mécanique qu'il a pourtant inspirée.

## II. LE MOMENT, ÉLÉMENT DE PERTURBATION DE LA COMMUNICATION DES DÉCISIONS

Certains moments « médiatiques » véhiculent de plus lourds enjeux que d'autres. Ces moments singuliers altèrent les rouages qu'emprunte le Conseil d'État pour diffuser un message. Le comportement des acteurs de la communication et/ou les moyens d'expression sont brouillés. La richesse des situations susceptibles de survenir est délicate à restituer. Elle semble néanmoins pouvoir être schématisée en s'attardant sur l'objet de la perturbation. Le moment particulier influence l'initiative de la communication, la qualité du communiquant ainsi que l'utilisation de l'outil de communication. Parfois, tous ces paramètres sont modifiés (B). Dans la plupart des cas, seul l'un d'entre eux est affecté (A).

### A. Hypothèses de perturbation partielle

La communication est une activité largement dominée par l'aléa, celui des dossiers portés devant le juge d'une part, celui de l'engouement de l'opinion publique pour ces dossiers d'autre part. Du reste, le processus de diffusion d'un message repose sur différents paramètres dont les conditions de mise en œuvre sont assez malléables. Dès lors, rendre compte de toutes les situations susceptibles de se produire est un exercice rétif à l'analyse systémique. Pour les besoins de l'étude, deux exemples suffiront.

#### 1. La perturbation des conditions d'utilisation de l'outil de communication

L'attention portée par l'opinion publique à une affaire conduit quelquefois à adapter les paramètres de l'outil de communication.

Ni la qualité du détenteur du pouvoir de communiquer ni l'identité du communicant ne sont modifiées. L'instrument de communication adéquat n'est pas remplacé par un autre outil mais le protocole guidant son utilisation évolue. Tel est le cas lorsque les règles de sélection des arrêts publiés au Recueil sont modifiées sous l'influence du moment médiatique.

La présidente C. Maugué et le président adjoint de la Section du contentieux en ont apporté la preuve. Leur étude parue à la RFDA souligne qu'au cours des années 90, toutes les affaires relatives au foulard islamique ont été publiées *in extenso*. Ce alors même qu'à l'époque, elles avaient été tranchées en sous-sections réunies<sup>37</sup>. De la même manière, entre 2014 et 2019, chacune des décisions « Lambert » a fait l'objet d'une sélection au Recueil (trois d'entre elles ont été publiées, indépendamment de la formation de jugement saisie du dossier<sup>38</sup>, la dernière, lue le 24 avril 2019, est mentionnée aux Tables<sup>39</sup>).

La publication au Lebon découle pourtant de l'application de règles bien établies. Elle demeure réservée aux décisions prononcées par une formation solennelle. La proportion d'arrêts jugés en chambres réunies y est peu significative (à titre d'exemple, parmi les 1 124 arrêts issus d'une telle formation durant l'année 2018, 73 ont été intégralement publiés, ce qui représente moins de 6,5 % du nombre total de décisions retranscrites<sup>40</sup>), les ordonnances de référé, quant à elles, ne sont qu'exceptionnellement admises à la publication (en 2018, une seule ordonnance de référé en formation collégiale a été publiée<sup>41</sup>).

37 - MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H., art. préc., p. 778 CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa* et a. préc.; CE, 14 mars 1994, *Melles N. et Z.*, p. 129; CE, 10 mars 1995, *M. et Mme Aoukili*, Rec., p. 122; CE, 10 juillet 1995, *Assoc. Un Sysiphe*, Rec., p. 292.

38 - CE, Ass., 14 février 2014, *Mme L. et a.*, préc.; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme L. et a.*, préc.; CE, 19 juillet 2017, *M. Pierre L. et a.*, Rec., p. 271.

39 - CE, ord., juge des référés, formation collégiale, 24 avril 2019, req. n° 428117, *M. G. L. et a.*, Rec. t., p. 730.

40 - Ce nombre est en nette augmentation : à la fin des années 90, moins d'une dizaine de décisions émanant de sous-sections réunies étaient publiées au Recueil, MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H., art. préc., p. 777.

41 - Il s'agissait également d'une ordonnance portant sur l'arrêt des soins prodigués

Observons de plus près les affaires « Lambert » afin de mesurer l'ampleur des adaptations engendrées par le moment médiatique.

L'arrêt daté du 19 juillet 2017 et rendu à la demande du neveu de V. Lambert, par les 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> chambres réunies, n'est pas dénué d'intérêt juridique. Il comporte toute une série de précisions sur des questions jusqu'alors irrésolues telles que la caducité ou l'absence de caducité d'une décision d'interruption de soins émise par un médecin ayant démissionné au cours du procès engagé contre cette même décision, la recevabilité du recours exercé contre la suspension de la procédure collégiale préalable à la décision d'interrompre les traitements<sup>42</sup>, ou encore l'appréciation de la légalité d'une telle mesure suspensive. La seule autre décision délibérée en chambres réunies dans ce domaine et classée en « A » tranchait la légalité de dispositions réglementaires réformant la procédure collégiale à observer avant d'envisager d'interrompre les soins prodigués à une personne incapable d'exprimer sa volonté<sup>43</sup>. Ce dossier posait des questions de droit évidentes dont les réponses étaient d'autant plus attendues qu'elles s'appuyaient sur une réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel, quelques semaines auparavant<sup>44</sup>. Le trouble occasionné par le moment médiatique est, à la réflexion, de faible amplitude. La nature du texte attaqué et la saisine du juge constitutionnel justifiaient la publication de l'arrêt au Recueil.

Le cas de l'ordonnance du 24 avril 2019 est encore plus symptomatique de la perturbation provoquée par le moment médiatique. C'est qu'en principe, les ordonnances « n'ont nullement vocation à la publication »<sup>45</sup>. Cette règle souffre de quelques dérogations depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000<sup>46</sup>. L'originalité de l'office

à un patient en état pauci-relationnel, CE, ord., juge des référés, formation collégiale, 5 janvier 2018, *Mme A et a.*, Rec., p. 1.

42 - Il est d'ailleurs surprenant que ce point de la décision ne fasse l'objet d'aucun référencement.

43 - CE, 6 décembre 2017, *UNAFTC*, Rec., p. 352.

44 - CC, 2 juin 2017, décision n° 2017-632 QPC.

45 - MAUGÜÉ C. et STAHL J.-H., art. préc., p. 775.

46 - Loi n° 2000-597 préc.

du juge du référé-liberté exige une harmonisation du contrôle exercé au titre de l'art. L. 521-2. La reproduction intégrale d'ordonnances précisant le périmètre et l'intensité du contrôle juridictionnel trouve une caution jurisprudentielle évidente mais l'affaire réglée par le Conseil d'État le 24 avril 2019 ne correspond pas à cette hypothèse. Le format de l'ordonnance (structurée en 40 alinéas) dissimule l'unique apport juridique digne d'intérêt, apport au demeurant particulier (les dispositions du Code civil définissant les prérogatives du tuteur doivent être écartées lorsque ce dernier est consulté par le médecin à l'initiative de la procédure d'interruption des soins sur les intentions du patient). Le moment médiatique a vraisemblablement influencé le choix de référencer cette ordonnance. Le relief de l'intérêt jurisprudentiel ne pouvait justifier une publication intégrale. La mention aux Tables est sans doute apparue comme le juste compromis entre ces deux considérations. L'affaire que nous avons évoquée en introduction de ce propos prouve elle aussi que l'intérêt médiatique altère les usages en vigueur. La décision « Mathieu Gallet » doit son classement en « A » à l'écho que l'affaire trouvait alors dans l'opinion publique<sup>47</sup>. Ces exemples confirment que le moment médiatique trouble le régime ordinaire de la communication des décisions au Recueil.

## 2. La perturbation de l'initiative de la communication

Il arrive que le moment médiatique estompe les règles régissant l'initiative du pouvoir de communiquer. L'examen du compte « Twitter » du Conseil d'État en offre un exemple.

En septembre 2018, la « dir comm » a rédigé un « tweet » en rapport avec l'activité contentieuse du Conseil d'État, sans que la Troïka ne lui ait demandé d'agir. Ce Tweet attire l'attention des habitués du compte. Voici ce qu'il indique : « *le 11 janvier 1978, le Conseil d'État jugeait que l'État ne pouvait pas opposer la déchéance quadriennale à la demande d'indemnisation de la veuve de Maurice Audin* »<sup>48</sup>.

47 - CE, Ass., 14 décembre 2018, req. n° 419443, *Mathieu Gallet*, Rec., p. 453.

48 - [https://twitter.com/Conseil\\_Etat/status/1040279955400208384](https://twitter.com/Conseil_Etat/status/1040279955400208384)

Dans cette situation, la communication emprunte les canaux de diffusion qu'elle suit habituellement. Les membres du service de la « comm » publient un message sur Twitter, comme le veut la pratique. Le moment médiatique infléchit en revanche le contenu du propos. Le compte officiel du Conseil d'État ne comporte alors aucun message comparable. Le contraste avec les autres Tweets signalant une décision de justice est saisissant. Première différence observable, le message ne comporte pas de lien hypertexte redirigeant l'internaute vers la décision concernée<sup>49</sup>. Au-delà de cette disparité méthodique c'est bien sûr l'anachronisme de la démarche qui frappe le lecteur. Un service du Conseil d'État décide de communiquer sur une décision vieille de 40 ans et qui, au demeurant, n'est pas passée à la postérité<sup>50</sup>. Quelle est l'origine de ce message inhabituel ? En vérité, le Conseil d'État a saisi l'opportunité créée par la reconnaissance de la responsabilité de l'État dans la disparition de Maurice Audin pour communiquer sur cet arrêt. Ce Tweet intervient le 13 septembre 2018, le jour de l'allocution au cours de laquelle le Président E. Macron a annoncé que le mathématicien a été torturé puis exécuté par les forces armées sévissant en Algérie<sup>51</sup>.

Toutes proportions gardées (car cette publication n'intéresse pas une décision de justice mais ceux concourant à son élaboration<sup>52</sup>), ce Tweet mérite d'être rapproché d'un autre Tweet datant du 19 avril 2019. Ce message aux allures de mise au point est ainsi rédigé : « *ces derniers jours, beaucoup de fausses informations ont été propagées sur les conseillers d'État en service extraordinaire #FakeNews* »<sup>53</sup>. Le service

49 - CE, Sect., 11 janvier 1978, *Dame veuve Audin*, Rec., p. 9.

50 - La décision de publier intégralement cette décision au Recueil de l'année 1978 résulte vraisemblablement de l'application du critère organique guidant la sélection des arrêts (v. note n° 17 *Supra*).

51 - La déclaration présidentielle est consultable sur le site de l'Élysée : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/09/13/declaration-du-president-de-la-republique-sur-la-mort-de-maurice-audin>

52 - Les conseillers d'État en service extraordinaire sont affectés soit à une section administrative soit à la section du contentieux (art. L. 121-4 I du CJA).

53 - Ce tweet est suivi d'une série de messages complémentaires. L'ensemble du

de la communication réagit aux propos pour le moins approximatifs tenus par un journaliste, à propos du recrutement des membres non statutaires, temporairement affectés aux activités du Conseil d'État<sup>54</sup>.

À huit mois d'intervalle, une situation similaire se produit. La logique sous-jacente à la diffusion du message est inversée, d'une certaine manière. D'ordinaire, lorsqu'il perturbe les règles structurant la communication, le moment médiatique modifie les modalités de diffusion d'un message qui aurait été émis quoi qu'il en soit par le Conseil d'État, compte tenu de son rayonnement jurisprudentiel. En septembre 2018 et en avril 2019, le moment médiatique est le fait générateur de la communication. Mais il y a plus encore.

Chaque fois que cette configuration s'est produite, elle a sensiblement altéré l'exercice du pouvoir d'enclencher le processus de communication. Selon l'usage, la « *dir comm* » publie des messages signalant un arrêt ayant fait l'objet d'un communiqué de presse, décidé par la Troïka. Pourtant, le Tweet posté le 13 septembre 2018 trouve son origine dans l'intervention du secrétariat général du Conseil d'État. Prévenu par un ancien membre du Conseil d'État en fonction à l'époque où la requête de la veuve Audin fut tranchée, le secrétariat général a pris la décision de rédiger un message rappelant la position adoptée par la juridiction, en 1978. Ces quelques mots ont été adressés à la « *dir comm* » qui les a publiés sous la forme d'un Tweet. Concernant les conseillers en service extraordinaire, la « *dir comm* » a alerté le secrétariat général du Conseil d'État sur la teneur du propos tenu par J.-M. Apathie. La décision de communiquer a été validée au plus haut niveau de l'institution. Le hashtag « *FakeNews* » a été ajouté par le service de la communication pour dénoncer la désinformation.

fil de discussion peut être consulté à l'adresse suivante : [https://twitter.com/Conseil\\_Etat/status/1119166479243653120](https://twitter.com/Conseil_Etat/status/1119166479243653120)

54 - Il s'agit de l'édition de Jean-Michel Apathie, diffusé dans l'émission matinale d'Europe 1, le 18 avril 2019. Le journaliste critique la nomination de Michel Delpuech, ancien préfet de police de Paris, limogé après l'acte XVIII des gilets jaunes. La vidéo peut être consultée sur le site du journal : <https://www.europe1.fr/emissions/ledito-de-jean-michel-aphatie/le-placard-dore-de-michel-delpuech-au-conseil-detat-ou-est-la-logique-3893643>

Le « *thread* » du 19 avril 2019 est une réplique, il traduit l'exercice d'un droit de réponse informel. En somme, ces tweets isolés témoignent des perturbations générées par le moment médiatique sur la chaîne décisionnelle de la communication au Conseil.

Les préoccupations de l'opinion publique ne sont pas dépourvues d'effet sur la mécanique de la communication. L'attente de la résolution d'une affaire emblématique d'un sujet de société, l'annonce d'une décision politique au frontispice de l'activité du Conseil d'État exercent une influence incontestable sur la manière de communiquer. Le protocole prédéfini est ajusté. Le moment médiatique contribue à faire émerger une forme de communication concurrente au régime ordinaire de communication.

Quelquefois, chacun des paramètres propres au régime ordinaire se trouve modifié. La perturbation occasionnée est d'une telle ampleur qu'elle bouleverse absolument le schéma classique de la communication.

### B. Hypothèses de perturbation absolue

Le moment médiatique incite parfois le vice-président du Conseil d'État à sortir de sa réserve pour expliquer une décision dans la presse écrite. Ces interventions prennent généralement la forme d'une interview accordée à un.e journaliste ou, plus rarement, d'une déclaration à la presse, tenue à l'issue de l'audience.

Le président J.-M. Sauvé s'est livré plusieurs fois à l'exercice. C'est d'abord au journal « *Le Monde* » qu'il consacre un entretien, restitué dans l'édition du 13 janvier 2014<sup>55</sup>. Il y est question de l'ordonnance « *Dieudonné* »<sup>56</sup> au lourd retentissement médiatique<sup>57</sup>. « *La Croix* » s'est fait l'écho des éclaircissements apportés par l'ancien vice-président du

55 - « Affaire Dieudonné : le Conseil d'État réplique aux critiques », *Le Monde*, éd. du 13 janvier 2014, p. 10.

56 - CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume et M. M'Bala M'Bala*, Rec., p. 1.

57 - Entre le 8 janvier et le 14 janvier, plus d'une dizaine d'articles ont été consacrés à l'affaire dans les principaux quotidiens nationaux.

Conseil d'État après l'ordonnance « Lambert I », lue le 24 juin 2014<sup>58</sup>. Le 5 octobre 2016, le quotidien « *Le Figaro* » restitue les échanges entretenus par J.-M. Sauvé et une journaliste à propos de l'ordonnance portant sur le port du burkini<sup>59</sup>. Ce dossier demeure l'un des plus commentés dans la presse nationale (l'imminence de l'élection présidentielle a multiplié les débats sur le sujet)<sup>60</sup>. L'année précédant la fin de son mandat, l'ancien vice-président s'est entretenu avec les journalistes de « *La Croix* » au sujet de l'arrêt sur la croix de Ploërmel<sup>61</sup>.

Le vice-président ne prend la parole qu'en présence de décisions éclairant par le droit des sujets très discutés dans les médias. Les thématiques en filigranes des affaires susmentionnées en attestent et les questions posées à l'ancien vice-président le laissent transparent. Les journalistes du Monde insistent sur « l'étonnement » ressenti par l'opinion publique, face à la rapidité du traitement du référé en appel<sup>62</sup>. L'entretien fait également part du « trouble » provoqué par la position du Conseil d'État sur l'exercice de la liberté d'expression<sup>63</sup>. « *La*

*Croix* » rapporte « l'émotion suscitée » par l'arrêt mettant un terme au statut juridique controversé de la croix de Ploërmel<sup>64</sup>. Après l'ordonnance « *Ligue des droits de l'Homme* », J.-M. Sauvé est interrogé sur une décision « largement commentée et critiquée » relative à un vêtement qui « selon un sondage Ifop » rencontre la désapprobation de « deux Français sur trois »<sup>65</sup>. Pour finir, quelques-unes des réponses retranscrites dans ces quotidiens nationaux suggèrent que l'intervention du vice-président est motivée par l'attente de la décision. Interpellé sur la circonstance que le burkini serait « un pion que les partisans d'un islam radical avancent sur l'échiquier politique », J.-M. Sauvé répond « si le juge n'est pas "hors-sol" ou "hors du monde", il doit se garder d'épouser les emballements ou les passions d'une partie de l'opinion. Ce n'est pas un sismographe »<sup>66</sup>. L'enjeu de cet exercice de communication consiste essentiellement à désamorcer le risque de surinterprétation de la décision. C'est pourquoi l'ancien vice-président s'applique à écarter les spéculations de ceux/celles qu'il rencontre. Dans « *Le Figaro* », il réfute la suggestion selon laquelle les arrêtés municipaux « anti-burkini » trouvaient une base juridique légitime dans l'atteinte au principe d'égalité hommes femmes : « le Conseil d'État ne peut se livrer à cette interprétation du port du burkini (...) trop empreinte de subjectivité »<sup>67</sup>.

La démarche de J.-M. Sauvé est univoque, quelle que soit l'affaire au sujet de laquelle il est interrogé et quel que soit le périodique concerné. Lorsque le regard des citoyens se tourne vers le Conseil d'État, le vice-président de l'institution s'efforce d'exposer (voire de vulgariser) la motivation de la décision commentée<sup>68</sup>, au regard du

58 - « Le Conseil d'État valide l'arrêt des traitements de Vincent Lambert », *La Croix*, éd. du 25 juin 2014, p. 7; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme L. et a.*, préc.

59 - « Jean-Marc Sauvé : Pourquoi le Conseil d'État a autorisé le burkini », *Le Figaro*, éd. du 5 octobre 2016, p. 18; CE, ord., juge des référés, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'Homme et a.*, Rec., p. 390.

60 - La base de données « *Europress* » recense plus de 80 publications relatives à cette ordonnance du Conseil d'État dans sept des principaux quotidiens nationaux (Le Monde, L'Express, L'Humanité, Libération, Le Parisien, Le Figaro et La Croix).

61 - « Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État : "Notre pacte social contient un principe fondamental de laïcité" », *La Croix*, éd. du 9 novembre 2017, p. 20; CE, 25 oct. 2017, *Féd. morbihannaise de la libre-pensée*, Rec., t. p. 446. Mentionnons également une interview accordée à la « *Gazette des communes* » le 23 mai 2017. Il y est question des grandes décisions rendues par le Conseil d'État à propos de l'interprétation de la loi de 1905, le 19 juillet 2011, « Interview de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État », *la Gazette des communes*, éd. numérique du 23 mai 2017.

62 - « La rapidité de l'intervention du Conseil d'État, quelques heures après la décision du tribunal administratif de Nantes, jeudi 9 janvier, a semblé à beaucoup étonnante », peut-on lire dans les colonnes de l'article, *Le Monde*, préc.

63 - « Avez-vous conscience du trouble qu'ont engendré ces décisions du Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative traditionnellement attachée à la défense des libertés? »,

art. cit.

64 - *La Croix*, éd. du 9 novembre 2017, préc.

65 - *Le Figaro*, préc.

66 - *Le Figaro*, préc.

67 - *Le Figaro*, préc.

68 - « Le médecin est tenu de prendre en considération un ensemble de critères médicaux et non-médicaux, en fonction de la situation particulière de chaque patient », « Le Conseil d'État valide l'arrêt des traitements de Vincent Lambert », *La Croix*, éd. du 25 juin 2014, préc.; en réponse au journaliste jugeant la décision du 25 octobre 2017 « aberrante », J.-M. Sauvé s'attarde sur le principe exprimé par la loi de 1905.

contexte jurisprudentiel<sup>69</sup> et de l'environnement normatif applicable au litige<sup>70</sup> (ce qui l'amène parfois à expliquer pourquoi certains fondements juridiques supposés n'étaient pas utilement invocables<sup>71</sup>). Le cas échéant, l'office du juge est évoqué. Ces aspects techniques méritent d'être abordés pour prévenir toute surinterprétation des arbitrages effectués au Conseil. Dans le cas de l'ordonnance « *Dieudonné* », le vice-président a pris soin de présenter le délai de jugement imparti au juge du référé-liberté puis de rappeler le caractère exceptionnel de l'échéance (le spectacle litigieux devait débiter le jour même où le recours a été introduit devant le Conseil d'État)<sup>72</sup>. La déclaration

---

Il poursuit : « *le Conseil d'État a constaté que l'installation contestée découlait de deux décisions distinctes : d'une part, celle de l'artiste, de léguer sa statue à la commune, d'autre part, celle du maire de la faire surmonter d'une arche et d'une croix. Il est difficile de soutenir que ces dernières font partie de l'œuvre d'art. Or, la croix ne peut pas ne pas être regardée comme un signe religieux* », *La Croix*, éd. du 9 novembre 2017, préc.

69 - « *Le Conseil d'État s'est prononcé en considération de sa jurisprudence, notamment les arrêts Commune de "Morsang-sur-Orge" et "Benjamin", qui ont respectivement 18 et 81 ans d'âge. Il a, avec ce spectacle, été confronté à une situation inédite d'articulation entre la liberté d'expression et ses limites nécessaires dans une société démocratique* », art. cit.

70 - Lors du point presse organisé le 24 juin 2014, le vice-président a rappelé que « *la Loi Leonetti confie au médecin la responsabilité de décider [d'un arrêt] sans y être jamais tenu* », *La Croix*, éd. du 25 juin 2014, préc.

71 - Il en va ainsi du dossier mettant en cause les arrêtés interdisant le port du burkini. Selon la journaliste, l'atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes aurait pu suffire à conférer une base juridique aux actes attaqués. J.-M. Sauvé observe néanmoins que « *le principe d'égalité entre hommes et femmes est un principe absolu, mais déduire du port d'un maillot de bain une violation de ce principe serait s'engager sur un terrain juridiquement fragile* », *Le Figaro*, préc. Interrogé à propos de l'affaire de la croix de Ploërmel, il rejette toute transposition de la motivation inspirant la jurisprudence sur les crèches de Noël « *les règles [issues de la loi de 1905] ne peuvent varier en fonction des opinions religieuses d'une région ou d'une commune ! (...). Concernant les crèches de Noël, c'est uniquement en raison de la pluralité de significations qu'elles revêtent (...)* que le juge est conduit à s'interroger sur la présence d'une tradition locale et sur le contexte de leur installation dans un bâtiment ou un lieu public », *La Croix*, éd. du 9 novembre 2017, préc.

72 - « *Le Conseil d'État s'est prononcé dans ces affaires en appel, dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence, le référé-liberté, où il doit statuer en moins de 48 heures (...). Si le juge laisse passer l'événement à l'occasion duquel cette violation est alléguée, il ne peut conclure qu'à un non-lieu, c'est-à-dire renoncer à se prononcer et à exercer son office. Le Conseil d'État,*

à la presse du 24 juin 2014 s'ouvre par un exposé des raisons ayant déterminé le juge à surseoir à statuer, dans le cas de V. Lambert.

J.-M. Sauvé est incontestablement animé par le souci d'expliquer la décision à un public étranger au langage juridictionnel. Il met ses qualités pédagogiques au service du public et de la décision elle-même, avec pour obsession le souci de restituer le fidèlement possible ce qu'elle dit. La réserve inhérente à sa fonction guide son propos. J.-M. Sauvé communique après la lecture de l'arrêt, il ne conjecture pas sur les possibles conséquences – jurisprudentielles et normatives – de la décision. Cette posture, point d'équilibre entre discours sur les décisions à vocation explicative d'une part, secret du délibéré et respect inhérent à la séparation des pouvoirs d'autre part, est celle qu'épousent tous les vice-présidents se prêtant au jeu de l'interview (tel R. Denoix de Saint-Marc, invité à s'exprimer sur les arrêts intéressant le port du voile à l'école<sup>73</sup>, ou B. Lasserre, particulièrement visible dans les médias depuis le confinement<sup>74</sup>). Elle est, pour ainsi dire, inflexible. Seule l'une des interviews accordées en 1994, par M. Long, s'en éloigne. Le vice-président d'alors communique sur une affaire alors que la requête vient à peine d'être enregistrée au greffe. Le ton sensationnaliste du titre de l'article confirme le caractère extraordinaire de la communication : « *Marceau Long s'interroge sur la validité de*

---

*comme les tribunaux administratifs, refuse de consentir à cette mutilation* », *Le Monde*, préc.

73 - « *Laïcité. "L'école doit justifier l'exclusion d'élèves voilées"* Entretien. Renaud Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'État », *La Croix*, éd. du 7 novembre 1996, p. 12. Le vice-président situe la jurisprudence commentée dans une perspective plus large, expose les droits fondamentaux en jeu dans ces affaires puis présente la nature des motifs restrictifs juridiquement admis. Après cet énoncé, il explique où résident les chefs d'illégalité entachant les décisions adoptées par les chefs d'établissement. Aux questions résolument politiques posées par les journalistes, R. Denoix de Saint Marc fait preuve de sagesse et de prudence en distinguant les rôles dévolus à chacune des institutions au sein de l'État de droit.

74 - V. parmi les interviews accordées, « *Le droit d'accès au juge est un droit fondamental* », *Paris-Normandie*, éd. du 14 avril 2020, p. 11 ; « *Entre santé et respect des libertés, l'équilibre est fragile* », *Sud-Ouest*, éd. du 15 avril 2020, p. 10 ; « *Il ne faut pas opposer la liberté à la sécurité* », *La Croix*, éd. du 20 juillet 2020, p. 6.

la circulaire Bayrou à propos du foulard islamique »<sup>75</sup>. La différence s'arrête ici : l'approche privilégiée par le vice-président ne diffère aucunement de celle de ses successeurs. M. Long insiste sur l'importance que le Conseil d'État attache au primat des libertés individuelles, il détaille avec beaucoup de clarté la subtile différence séparant le domaine réglementaire du domaine de la loi. Loin d'agiter le spectre de l'illégalité devant la circulaire directement ou indirectement contestée (les insinuations du titre sont trompeuses, la plupart des actions évoquées dans l'interview n'étant pas dirigées contre la circulaire elle-même<sup>76</sup>), M. Long présente quelques-unes des questions auxquelles le juge devra répondre<sup>77</sup>.

Autre illustration des perturbations provoquées par le moment médiatique : en octobre 2018, le nouveau président de la Section du contentieux a rédigé la Une d'un numéro de l'*AJDA*<sup>78</sup>. C'est une réplique à l'arrêt de la CJUE désavouant la décision dans laquelle le Conseil d'État a refusé de renvoyer une question préjudicielle au juge luxembourgeois<sup>79</sup>. Cet arrêt a suscité un certain émoi, notamment sur

75 - « Un entretien avec le vice-président du Conseil d'État – Marceau Long s'interroge sur la validité de la circulaire Bayrou à propos du foulard islamique », *Le Monde*, éd. du 20 décembre 1994, p. 14.

76 - Il est avant tout question des recours exercés contre les sanctions d'exclusion prononcées par les conseils de discipline d'établissements du secondaire (v. CE, 10 mars 1995, *Époux Aoukili*, préc.). Le journaliste rapporte qu'un recours contre la circulaire venait d'être introduit un recours par un parent d'élève (c'est toutefois une requête portée par une association qui soldera la légalité de l'acte, v. CE, 10 juillet 1995, *Assoc. Un Sysiphe*, préc.).

77 - Le dossier présentait l'occasion d'affiner la notion de « signe ostentatoire ». M. Long se demandait alors : « comment pourrait-on dire que le foulard est ostentatoire mais que la kippa, les croix ou les crucifix de grande dimension qui paraissent revenir à la mode ne le sont pas ? ».

78 - COMBREXELLE J.-D., « Sur l'actualité du "dialogue des juges" », *AJDA*, 2018, p. 1929.

79 - CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-416/17, *Commission c/France* ; CE, 10 décembre 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/Sté Rhodia*, Rec., t., p. 632 ; v. spéc. cons. n° 26 à 29 ; CE, 10 décembre 2012, req. n° 317075, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/Sté Accor*, not. cons. n° 21 à 24.

Twitter. Ancien référendaire à la CJCE, nouveau chef des chambres du Conseil d'État, J.-D. Combrexelle a décidé d'exprimer son point de vue en livrant la raisonnable signification de cette divergence jurisprudentielle. L'intitulé timide (fardé ?) de la Une est éclipsé par la teneur du propos. Aucune des deux décisions n'est citée *expressis verbis*. Mais c'est d'elles qu'il s'agit. Après avoir rappelé l'indispensable collaboration des juges en fonction au Luxembourg et des juges nationaux, l'auteur appelle à « ne pas cantonner le rôle des cours suprêmes [nationales] à celui de l'interprétation et de l'évidence ». Il exprime enfin le souhait que soit « [préservée] » « la répartition des rôles entre la Cour de Luxembourg et les juges nationaux », dans une architecture juridictionnelle complexe, où chaque juge amené à se prononcer est un juge de l'Europe. Cette initiative n'a pas de précédent. Pour la première fois de l'histoire du Conseil d'État, le président de la Section du contentieux communique spontanément sur l'une des décisions jugées entre les murs de l'institution, dans les colonnes d'une revue spécialisée, en réaction à une condamnation prononcée par une juridiction supranationale. La pandémie de Covid-19 a donné lieu à une nouvelle « première » dans l'histoire du Conseil d'État. Le 22 mars 2020, le président de la Section du contentieux a fait une déclaration spontanée à l'issue de l'audience de référé-liberté relative aux mesures de lutte contre la propagation du virus. Cette prise de parole inédite entendait déjouer la surinterprétation de l'ordonnance en cours de rédaction, ordonnance ô combien attendue par les médias<sup>80</sup>. Autant de preuves que le moment médiatico-jurisprudentiel désorganise la communication au sein du Palais Royal.

C'est bien de désorganisation dont il s'agit. Dans les deux hypothèses que nous avons évoquées, tous les paramètres de la communication ordinaire sont modifiés : l'initiative de la communication, la qualité du communicant et, enfin, l'outil utilisé. Ceci suffit à démontrer que la communication s'articule autour de deux régimes : un régime ordinaire, dont nous avons esquissé les contours plus avant, et un régime extraordinaire.

80 - CE, ord., juge des référés, formation collégiale, 22 mars 2020, req. n° 439674, *Synd. des jeunes médecins*, Rec., sera mentionnée aux tables.

Au-delà de cette présentation statique, différentes dynamiques ressortent de l'étude. Quand se pose la question de savoir s'il faut communiquer et comment il faut le faire, le Conseil d'État effectue des arbitrages à l'aune du contexte politicomédiatique. Lorsqu'elle est positive, la décision du Conseil d'État est inspirée par l'une de ces trois finalités.

Le Conseil est parfois guidé par une démarche opportuniste. Il s'empare du moment ; il profite de l'effet d'aubaine pour améliorer sa visibilité. Comment expliquer autrement le tweet remémorant l'affaire Audin, la création de la rubrique célébrant l'anniversaire des grands arrêts ? La modification des entrées au Recueil correspond elle aussi, certes, dans une moindre proportion, à cette configuration.

C'est souvent la prudence qui motive la communication. La volonté d'enrayer les erreurs d'interprétation est une préoccupation majeure au Conseil d'État et le mot d'ordre de la communication. L'institution « *dit* » de la manière la plus intelligible possible ce que ses décisions disent en se conformant aux usages rédactionnels d'un jargon d'initiés. Elle est alors animée par une démarche préventive. C'est ainsi que les règles présidant à la diffusion d'un communiqué de presse ont été élaborées. C'est ainsi, encore, que le porte-parole du Conseil d'État organise des points presse<sup>81</sup> et que le président du Palais Royal décide de s'exprimer publiquement sur une affaire tranchée entre les murs de l'institution<sup>82</sup>.

En de rares occasions, le Conseil d'État réplique. Cette attitude défensive ne peut être portée au discrédit du Conseil. Trop rare, elle ne saurait caractériser la stratégie de communication de l'institution. Pour preuve, le Conseil d'État n'a communiqué pour ce motif qu'à deux reprises. La première fois pour réagir à la condamnation de la

CJUE. La seconde, pour corriger les propos extrapolés tenus par un journaliste, à propos des membres en service extraordinaire.

Complexe, pluridirectionnelle, évolutive. Voilà quelques adjectifs propres à décrire et à résumer la relation existante entre le moment et la communication au Conseil d'État.

81 - Vacante depuis le mois de décembre 2019, la fonction pourrait bien être abandonnée.

82 - Pour une présentation de la communication menée depuis le début de la pandémie de Covid-19, v. DOUTEAUD S., Quand l'état d'urgence sanitaire bouscule la communication au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel, *Jus Politicum blog*, publié le 11 mai 2020.

————— *PARTIE II* —————  
*L'INFLUENCE DU MOMENT*  
*SUR LA JURISPRUDENCE*



TRANSITION DÉMOCRATIQUE  
ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE CENTRAFRICAINE,  
ÉTUDE D'UNE RELATION IDYLLO-CAUCHEMARDESQUE

*Claire Parjouet*

*Doctorante en droit public, UPPA-IE2IA*

*Attachée temporaire d'enseignement et de recherche, Université de Lille, ERDP*

« Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée »<sup>1</sup>.

163

Prononcés à l'égard de régimes démocratiques consolidés, ces propos d'Hans Kelsen se trouvent confirmés par l'analyse du rôle de la justice constitutionnelle au *moment* de la transition démocratique. L'enjeu est alors d'ampleur : le juge constitutionnel travaille non à la stabilisation, mais à la construction de la démocratie et de l'État de droit, comme l'illustre l'exemple de la Cour constitutionnelle de transition centrafricaine.

Moment du « *passage à la démocratie* »<sup>2</sup>, la transition démocratique se définit comme la transformation d'un régime non-démocra-

---

1 - KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257, spéc. p. 253.

2 - BLANQUIER J.-M., « Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2001/3 (n° 98), pp. 37-47, spéc. p. 37.

tique en un régime démocratique. Elle repose notamment sur un double processus – politique et juridique – auquel s'ajoutent des problématiques sociales et économiques. Politique d'une part, puisqu'elle suppose « l'abandon des anciennes règles du jeu politique et [...] l'apparition de nouveaux acteurs politiques et de nouvelles configurations stratégiques »<sup>3</sup>. Juridique d'autre part, car l'évolution des acteurs sur la scène politique impose une adaptation constitutionnelle. En effet, la construction d'un régime démocratique exige généralement la révision de la Constitution en vigueur, voire l'organisation d'une transition constitutionnelle. Cette dernière a pour objet l'abrogation de la Constitution antérieure et l'élaboration d'une nouvelle norme fondamentale. Elle peut être structurée de différentes façons. Soit l'ordre juridique jusqu'alors en place n'est pas remplacé dans l'immédiat, et la Constitution en vigueur reste appliquée le temps qu'une nouvelle loi fondamentale soit adoptée. Soit les acteurs décident d'avoir recours au droit constitutionnel de transition. Dans ce cas, un ensemble de textes de valeur constitutionnelle est élaboré de façon à régir la période de transition<sup>4</sup>. Dès lors, étant donné l'ampleur de la transformation, une transition démocratique est toujours un *moment* dans l'histoire d'un État.

En République centrafricaine, le *moment* de la dernière transition démocratique commence le 24 mars 2013. À cette date, la *Séléka* – partie au conflit armé interne débuté en 2011 – s'empare de la capitale et renverse le régime autoritaire de François Bozizé. Le nouveau chef de l'État – Michel Djotodia, chef du groupe armé victorieux – annonce alors la mise en œuvre d'une transition démocratique. Cette dernière entraîne une transition constitutionnelle, structurée par la Charte constitutionnelle de la transition (« la Charte ») du 18 juillet

2013. Ce texte est adopté par un Conseil National de Transition (CNT) incluant les partisans de François Bozizé, les représentants de la *Séléka* et de différents groupes armés partis au conflit, sous la houlette de la Communauté internationale. Il se révèle destiné à régir la vie politique de l'État jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution post-transition. La Constitution de la République centrafricaine se voit finalement adoptée par référendum le 13 mars 2015 : c'est l'aboutissement de la transition constitutionnelle. S'ensuivent, en 2016, les élections présidentielles et législatives, qui marquent théoriquement la fin de la transition démocratique<sup>5</sup>.

Ce double processus a donc duré trois ans en République centrafricaine. Trois années d'instabilité qui imposent aux acteurs centrafricains la prise en considération de nouveaux paramètres, tels que la recherche de stabilité ou de légitimité de l'ensemble du processus. De leurs choix dépendent la réussite ou l'échec du processus. En traitant des transitions démocratiques en général, Richard Banegas insiste sur ce point : « les transitions démocratiques sont des situations d'anormalité où l'action stratégique des élites, le talent, l'habileté politique des leaders sont décisifs pour penser le "moment" du changement de régime et comprendre les divergences de trajectoire »<sup>6</sup>. Et parmi ces acteurs, le juge constitutionnel se trouve au premier plan.

De fait, le juge constitutionnel peut entrer en scène pour assurer le respect de la Constitution post-transition seulement, ou en tant que « gardien du droit constitutionnel de transition ». Dans cette dernière hypothèse, l'exercice de la justice constitutionnelle « incarne une problématique primordiale » : la définition des relations entre gouvernants et gouvernés et la fixation des limites du pouvoir<sup>7</sup>. Ainsi, en assurant le

3 - COOREN N., *Transition démocratique d'un pays : quelques précisions théoriques*, Irénées, 2005, [en ligne].

4 - Voir à ce sujet : PERLO N., « Les Constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », IX<sup>e</sup> congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 26-28 juin 2014, Lyon ; CARTIER E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, pp. 513-534.

5 - Cette synthèse de l'histoire constitutionnelle et politique de la République centrafricaine résulte de travaux de recherche (ouvrages, articles de presse et entretiens personnels) menés par l'auteure dans le cadre de son doctorat.

6 - BANEGAS R., « Les transitions démocratiques : mobilisations collectives et fluidité politique », *Cultures & Conflits*, n<sup>o</sup> 12, 1993, pp. 105-114, spéc. § 4.

7 - MASSIAS J.-P., *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Presse Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1998, 456 pp., spéc. p. 13.

respect du droit constitutionnel de transition, le juge constitutionnel permet à la fois de fonder le futur État de droit<sup>8</sup> et de légitimer l'ensemble du processus.

Cette situation interroge quant à l'identité, l'indépendance, l'impartialité, les compétences – qui peuvent aller de l'interprétation du droit constitutionnel de transition au contrôle formel et matériel du processus constituant – et les moyens réels dont dispose le juge pour mener à bien sa mission, dans un contexte où la politique prime très largement sur le droit. Pour autant, ces questions ne seront qu'indirectement traitées dans le cadre de cette analyse de la jurisprudence constitutionnelle de transition centrafricaine.

Durant la transition constitutionnelle, la Cour constitutionnelle de transition centrafricaine (la Cour) se voit chargée à la fois de juger de la constitutionnalité des normes infra-constitutionnelles, de contrôler le bon déroulement des élections, d'interpréter la Charte, et d'arbitrer en cas de conflit entre les différents pouvoirs. Elle participe parallèlement au processus constituant par le biais d'avis consultatifs<sup>9</sup>. Le premier article de la Loi n° 13.002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle de transition (Loi n° 13.002) précise qu'elle « assure la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics pour la période de transition »<sup>10</sup>. Ce rôle clef de la Cour dans l'ensemble du processus se voit mis en avant par la Présidente de la Cour constitutionnelle de transition – Mme Danièle Darlan – qui définit son institution comme « un élément de stabilité, ancré dans le respect de la légalité » ayant eu « la grande responsabilité de contribuer de façon significative au retour à

8 - CHEVALLIER J., *L'État de droit*, Montchrestien, coll. « clef », 4<sup>e</sup> éd., 2003, 160 pp., spéc. p. 70 : L'État de droit est ici entendu comme « un dispositif technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement du processus de production des normes juridiques ».

9 - Loi n° 13.001 portant Charte constitutionnelle de Transition, 18 juillet 2013, Bangui, art. 76.

10 - Loi n° 13.002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle de transition, 14 août 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, Années 2013 à 2017, publié sous le haut patronage de la Cour constitutionnelle, pp. 8-21.

*l'ordre constitutionnel* »<sup>11</sup> dans un contexte marqué par une incertitude politique totale et une violence chronique.

L'analyse des 235 avis et décisions<sup>12</sup> rendus révèle effectivement une participation active de la Cour au *moment* de la transition. Or, inquiète du bon déroulement du processus, l'important investissement de la juridiction laisse également entrevoir une maîtrise relative des concepts fondamentaux de l'État de droit (I), à laquelle s'ajoute un retour épisodique de la conception politique du rôle de la justice constitutionnelle (II).

## I. LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE TRANSITION, GARDIENNE FÉBRILE DE LA CHARTE CONSTITUTIONNELLE

Assurer la suprématie de la Charte constitutionnelle de Transition – alors qu'elle constitue la seule source de légitimité de la Cour – relève du défi dans un État où les normes constitutionnelles sont régulièrement utilisées comme instrument au service du pouvoir politique. Manquant d'expérience mais souhaitant s'impliquer dans le processus, la juridiction construit une jurisprudence aléatoire. En conséquence, la structuration de l'ensemble de la hiérarchie des normes apparaît complexe (A), notamment du fait d'un manque de maîtrise des concepts juridiques (B).

### A. Un développement chaotique de la hiérarchie des normes

Lorsqu'elle entre en fonction, en août 2013, la Cour ne dispose d'aucune autre source que la Charte, la Loi n° 13.002, et les trois Accords politiques signés par les parties au conflit sous le contrôle de la Communauté internationale ; l'Accord de Libreville du 11 janvier 2013, l'Appel de Brazzaville et la Déclaration de N'Djaména du 3 mai 2013. La jurisprudence constitutionnelle antérieure à 2011

11 - DARLAN D., « Préface », in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 6-7, spéc. p. 6.

12 - DARLAN D., « Préface », in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 6-7, spéc. p. 7.

étant relativement maigre<sup>13</sup>, la Cour se doit de construire son propre système de sources pour fonder ses décisions. Or, les choix opérés et raisonnements tenus posent des questions quant à la stabilité de la hiérarchie des normes, laissant supposer que la Cour a préféré le pragmatisme à la théorie juridique.

La décision n° 003/14/CCT, qui répond à la demande d'arbitrage relative à la préséance entre le Premier ministre et le Président du CNT, met en évidence cette réalité<sup>14</sup>. Le 29 janvier 2014, la Cour se trouve saisie d'une demande d'arbitrage par le Président du CNT : il estime qu'il devrait être la deuxième personnalité de l'État et non la troisième derrière le Premier ministre. Pour appuyer sa position, il rappelle qu'il est celui qui a remplacé le Chef de l'État de la Transition à la suite de la démission de Michel Djotodia – accompagnée de celle du Premier ministre de la Transition Nicolas Tiangaye – jusqu'à l'élection de Catherine Samba-Panza, et que le CNT dispose de « *tous les pouvoirs législatifs dévolus à un Parlement ordinaire* ».

À l'image de l'originalité de la requête, la Cour fonde sa décision sur un système atypique de sources. Ces dernières ne sont pas listées au sein des visas – qui de manière habituelle ne mentionnent que la Charte, la Loi n° 13.002 et l'acte introduisant la requête – mais apparaissent au fil de la décision, et présentent une surprenante diversité. De fait, la Cour annonce tout d'abord avoir cherché à s'entretenir avec plusieurs personnalités, le Directeur de Protocole du Président du CNT étant le seul à avoir donné suite à sa démarche. Elle cite ensuite plusieurs articles de la Charte, relatifs à la composition du pouvoir exécutif, aux compétences et à la composition du CNT, à l'exercice de la souveraineté nationale, et à la personnalité assurant l'intérim du Chef de l'État de la Transition. Soulignant alors que le Président du CNT « *préside*

*l'Institution représentant la Nation* » et qu'il est également chargé de remplacer le Chef de l'État de la Transition en cas de vacance, elle conclut qu'il « *est incontestablement la deuxième personne de l'État* ». Cette conclusion se voit confortée par l'apport de nouvelles sources. Parmi elles, les « *us et coutumes* » de la République Centrafricaine et le Décret n° 08.035 du 1<sup>er</sup> février 2008 portant organisation des cérémonies publiques et fixant les règles de préséance, des honneurs civils et militaires défendent la deuxième place du Président de l'Assemblée Nationale. Mais, *a contrario*, les différents Accords passés depuis l'entrée de la *Séléka* dans Bangui, cités et considérés comme « *noyaux des arrangements politiques durant la période de transition* » militent pour la troisième place. Finalement, la Cour conclut :

« Compte tenu de tout ce qui précède, le Premier Ministre de la première période de Transition a été considéré comme la deuxième personnalité de l'État ; qu'ainsi par arrangement politique, le deuxième rang dans l'ordre de préséance lui a été conféré.

Qu'il ressort de tout ce qui précède que l'ordre de préséance [...] doit être établi comme suit : 1. Le Chef d'État de la Transition ; 2. Le Président du CNT ; 3. Le Premier Ministre ».

Pareil raisonnement pose des questions à plusieurs égards. Tout d'abord, pourquoi la Cour ne se contente-t-elle pas de son analyse de la Charte ? Elle aurait ainsi rendu une décision plus claire, sans laisser de doutes quant à la hiérarchisation des normes. Certes, cette démarche peut s'expliquer par la volonté de renforcer la motivation de la décision, dans un domaine et un contexte politiquement sensibles en République Centrafricaine, mais pareille démonstration est dangereuse pour la construction de l'État de droit. De fait, utiliser la coutume et un décret antérieur à la Charte pour asseoir l'interprétation de cette dernière interroge quant à la réalité de la suprématie constitutionnelle. Que serait-il advenu si ces « *us et coutumes* » ou le Décret n° 08.035 avaient été à l'encontre de la lettre constitutionnelle ? Et, plus simplement, comment le contenu de la coutume a-t-il été déterminé ? La décision reste muette à ce sujet.

S'ajoute à cela le fait que le dispositif distingue deux périodes durant la transition ; la première de juillet 2013 à janvier 2014, soit

13 - Le recueil des Décisions et Avis de la Cour constitutionnelle pour les années 2006-2010 fait état de 29 décisions et 3 avis.

14 - DC n° 003/14/CCT répondant à la demande d'arbitrage relative à la préséance entre le Premier ministre et le Président du Conseil National de Transition, 10 février 2014, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses, op. cit.*, pp. 49-52.

avant les démissions de Michel Djotodia et de Nicolas Tiangaye, au cours de laquelle les Accords de paix imposent la deuxième place du Premier Ministre en tant que « *garantie morale de la Transition* », et la seconde à partir de l'entrée en fonction de la nouvelle Cheffe de l'État de Transition, durant laquelle l'interprétation de la Charte implique que la deuxième place soit dévolue au Président du CNT. Un tel dispositif induit que la norme constitutionnelle n'est devenue réellement suprême qu'au terme de la première période de la transition, et en raison des événements politiques, son interprétation étant jusque-là soumise au contenu d'accords politiques.

Ce choix peut s'expliquer par la volonté de ne pas déstabiliser le processus de démocratisation. De fait, si le sujet abordé n'est pas d'une importance cruciale pour le bon déroulement de la transition, il n'en demeure pas moins que dénoncer les Accords politiques – en faisant primer l'interprétation jurisprudentielle de la Charte – aurait pu avoir des conséquences dramatiques. De ces accords dépendent la participation des différents groupes armés à la transition, et le dépôt – plus que relatif – des armes. En ce sens, cette décision est symptomatique de la recherche d'équilibre imposée par le contexte de transition politique et juridique. Elle permet néanmoins à la Cour d'affirmer la place de la norme constitutionnelle, ce qui demeure un premier pas dans la mise en œuvre effective de l'État de droit, mais sans justification solide et sans aller au bout de sa propre logique.

Cette volonté de sacraliser le texte constitutionnel transparaît dans une décision du 8 janvier 2015. Saisie d'un recours questionnant la cohérence des articles 19 et 104 de la Charte<sup>15</sup>, la Cour affirme que « *la Charte présente toutes les caractéristiques d'une norme suprême de l'État* », et conclut :

« Qu'elle [la Cour] n'a ainsi pas compétence pour procéder à une vérification, de la conformité ni de la cohérence des dispositions des différents articles de la Charte constitutionnelle de Transition entre eux »<sup>16</sup>.

15 - Ces articles portent respectivement sur les emblèmes de la République Centrafricaine et sur la dénomination des différentes institutions de la Transition.

16 - DC n° 001/15/CTT portant examen d'un recours en conformité de la Loi

Par ce dispositif, la Cour semble refuser toute mise en cause du texte constitutionnel, voire tout travail d'interprétation de la Charte. Se plaçant ainsi en véritable *bouche de la loi*, elle semble oublier la décision précédemment analysée, par laquelle elle confirme le contenu de la Charte grâce à un décret et aux « *us et coutumes* » centrafricains.

Cette apparente contradiction dans l'attitude du juge vis-à-vis de la Charte constitutionnelle s'explique certes en partie par l'instabilité du contexte, mais également par une maîtrise relative des principaux concepts juridiques à l'œuvre au sein du droit occidental.

### **B. Une maîtrise approximative des concepts juridiques classiques**

Bien souvent, les juges constitutionnels de la transition sont des personnalités issues de l'ancien régime, dignes héritières des comportements et des lacunes antérieurs. Or, par leur position institutionnelle et leur qualité de gardiens de la transition, les raisonnements et les choix opérés ne font l'objet d'aucun contrôle, ce qui peut à terme se révéler contre-productif.

En ce sens, les démonstrations réalisées par la Cour illustrent son manque d'expérience et sa maîtrise relative du lexique juridique. La décision rendue le 30 octobre 2013 à la suite de la saisine de la Société TOTAL Centrafrique en fournit un exemple probant. La Cour doit se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi n° 07.005 du 24 avril 2007 portant réorganisation du sous-secteur pétrolier aval en République centrafricaine au regard des articles 11 et 13 de la Charte constitutionnelle<sup>17</sup>.

Cette loi comprend les règles générales de l'exercice de toute activité pétrolière et confie à l'État le soin de contrôler l'action des

n° 13.001 portant Charte constitutionnelle de Transition en ses articles 19 et 104, 8 janvier 2015, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses, op. cit.*, pp. 63-64.

17 - DC n° 002/13/CCT, *Société TOTAL Centrafrique S.A. contre Société Tradex*, 30 octobre 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses, op. cit.*, pp. 31-35.

différents acteurs du secteur. Pour ce faire, son article 10 pose comme condition au rachat du fonds de commerce d'un exploitant par un autre exploitant l'obtention de l'accord préalable de l'Agence de Stabilisation et de Régulation des Prix des Produits Préoliers et Dérivés, agence créée par la Loi n° 07.006 du 24 avril 2007<sup>18</sup>. L'article 11 de la Charte constitutionnelle de transition, quant à lui, énonce que « [l]a liberté d'entreprise est garantie dans le cadre des textes en vigueur », tandis que l'article 15 défend le droit de propriété « sauf pour cause d'utilité publique légalement constatée et sous la condition d'une juste et préalable indemnisation »<sup>19</sup>. Au terme d'une démonstration fragile, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de l'article 10 de la loi.

Plusieurs anomalies apparaissent dans son raisonnement. Tout d'abord, la nature même du litige paraît problématique. La Cour semble hésiter, qualifiant le recours tantôt de saisine citoyenne directe concernant une loi, tantôt de question de constitutionnalité découlant d'un litige. En effet, au sein des visas, la requête déposée par la société requérante est présentée comme demandant à la Cour « de déclarer non conforme [...] la Loi n° 07.005 du 24 avril 2007, laquelle Loi lui fait préjudice ». Cette précision laisse penser qu'il s'agit d'un recours opéré dans le cadre d'un litige, ce qui justifierait que la décision s'intitule « Société TOTAL Centrafrique S.A. contre Société TRADEX », et mentionne la présentation d'observations orales lors de l'audience du 4 octobre 2013 ainsi qu'un « mémoire en défense ». Or, plus loin, la Cour précise que la Société TOTAL a choisi « la voie directe pour la saisine de la Cour Constitutionnelle de Transition ». Cette difficulté de qualification du recours pour le lecteur est exacerbée par l'absence de présentation des faits ou d'explications justifiant l'intervention de la Société TRADEX. Mais outre la question de la compréhension du lecteur, c'est surtout celle de la compréhension par la Cour de l'article 77 de la Charte – permettant à toute personne lésée de saisir la Cour « soit directement, soit dans le cadre d'un recours préjudiciel d'inconstitutionnalité » – qui alerte.

18 - PNUD, *Rapport de diagnostic du secteur énergétique de la République Centrafricaine*, janvier 2017, 66 pp., spéc. p. 27.

19 - Charte Constitutionnelle de la Transition, préc., articles 11 et 15.

Dans le même sens, plusieurs arguments présentés par la Cour interrogent quant à la maîtrise de certains concepts. À titre d'exemple, afin de justifier le rejet d'un mémoire additionnel présenté par la Société TRADEX, la juridiction avance l'argument du « respect du droit réciproque de la défense » alors que l'article 15 de la Loi n° 13.002 précise que la procédure est écrite et contradictoire<sup>20</sup>.

Mais plus surprenant encore apparaît son raisonnement sur le fond. Après avoir cité l'article 11 de la Charte et l'article 10 de la Loi attaquée, elle conclut simplement à son inconstitutionnalité car « les dispositions de l'article 10 [...] sont de nature à priver tout exploitant de sa liberté d'acquérir un fonds de commerce, de jouir et de disposer de sa propriété ». La soumission à l'accord préalable d'une autorité étatique de contrôle s'analyse ainsi non pas comme une limite, mais comme une abolition du droit de propriété. L'idée de sacralisation de la Charte refait surface, empêchant visiblement la juridiction d'apporter une quelconque interprétation du texte, même lorsque celle-ci est soutenue par la lettre constitutionnelle.

Enfin, l'effet de la décision – tel que déterminé par la Cour – interpelle. En se fondant sur l'article 84 de la Charte, elle déclare l'article 10 de la Loi n° 07.005 « nul et de nul effet » et le retire de l'ordonnancement juridique. Or, l'article 84 précité indique – après avoir défini l'effet de l'inconstitutionnalité – qu'« [u]ne loi organique détermine l'organisation et le fonctionnement de la Cour Constitutionnelle de Transition ». Par application, la Loi n° 13.002 précise classiquement que dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, lorsqu'un texte est déclaré inconstitutionnel, il « cesse de produire ses effets à l'égard du requérant ». Ignorant cette disposition, la Cour confère un effet *erga omnes* à sa décision, au lieu de l'effet *inter partes* normalement imposé. Certes, la rédaction imprécise de l'article 84 peut être mise en cause, puisque l'effet de l'inconstitutionnalité ne fait pas nommément partie des précisions que doit apporter

20 - Loi n° 13.002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle de transition, 14 août 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 8-21, art. 15.

la loi organique. Mais le fait est que la loi organique est entrée en vigueur, et que la Cour doit s'y soumettre.

Plusieurs défauts apparaissent au sein de la jurisprudence constitutionnelle, soulignant les inquiétudes de la Cour Constitutionnelle de Transition. Fébrile par crainte de ne pas assez asseoir ses positions, ou au contraire de paraître trop entreprenante, la Cour fait vaciller de nombreux concepts juridiques – à commencer par celui de norme constitutionnelle – et paraît se contredire à bien des égards. Si ses agissements laissent supposer une volonté de bien faire, il n'en demeure pas moins qu'ils la placent dans une position bien plus politique que juridique.

## II. LA COUR CONSTITUTIONNELLE DE TRANSITION, GARDIENNE POLITIQUE DE LA TRANSITION JURIDIQUE

Dans un contexte de rupture globale, la place de chaque institution est repensée, et la Cour Constitutionnelle de Transition ne fait pas exception. Bien que succédant à une précédente juridiction, il lui revient en théorie d'assurer, par sa neutralité, la qualité du travail du législateur, afin qu'au terme de la transition, la législation élaborée soit conforme aux objectifs du processus. En ce sens, elle devrait affirmer son impartialité quant aux événements politiques en cours d'une part, et travailler à la qualité de la législation d'autre part. Or, force est de constater que si un effort est perceptible, la réussite est toute relative. L'attrait ou l'habitude de jouer un rôle politique la pousse à dépasser son rôle de « *législateur négatif* » (A), mais aussi à délaisser celui de gardienne de la Charte (B).

### A. Un obscur « *législateur négatif* »

Selon l'expression consacrée par Hans Kelsen, toute juridiction constitutionnelle ne serait qu'un « *législateur négatif* », compétent pour souligner sans pour autant corriger les erreurs commises dans l'élaboration de la loi. Prenant à cœur cette mission, la Cour Constitutionnelle de Transition développe dès sa première décision une

technique particulière de correction du travail législatif : les réserves d'observation. Dans un premier temps, elles sont utilisées lorsque la disposition n'est pas matériellement inconstitutionnelle, mais que les termes employés par le législateur n'apparaissent pas adéquats. La juridiction opère en réalité une relecture de l'acte contrôlé, imposant par la suite certaines modifications d'ordre sémantique. À titre d'exemple, la Cour remplace l'expression « *langue nationale* » par l'expression « *langue officielle* » au sein de la Loi organique portant organisation du Haut Conseil de Communication de Transition<sup>21</sup>. Cette méthode est également utilisée pour préciser la rédaction de trente-quatre articles de la Loi portant Code électoral de la République Centrafricaine<sup>22</sup>.

Néanmoins, dans une décision du 20 juillet 2015, la Cour ne se contente pas de souligner l'inadaptation de quelques termes ou expressions ; elle se substitue véritablement au législateur. La requête déposée par le Chef d'État de la Transition concerne la constitutionnalité du projet de Loi organique portant création, organisation et fonctionnement de la Cour Pénale Spéciale<sup>23</sup>. Dans un premier temps, la juridiction affirme :

« qu'il ressort de l'analyse du contenu de la loi déferée que toutes ses dispositions sont conformes à la Charte Constitutionnelle de Transition à l'exception des articles 22 alinéas 1 et 2 et de l'article 73 qui sont conformes sous réserve d'observations ».

L'article 22 fait effectivement l'objet d'une simple « *reformulation* » sémantique au même titre que le Code électoral cité

21 - DC n° 003/13/CCT portant examen de la conformité de la loi organique portant organisation du Haut Conseil de Communication de Transition, 26 novembre 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 38-41.

22 - DC n° 001/13/CCT portant examen de la conformité de la loi portant Code Électoral, 4 octobre 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 23-31.

23 - DC n° 006/15/CCT portant contrôle de constitutionnalité de la Loi organique portant création, organisation et fonctionnement de la Cour Pénale Spéciale, 20 mai 2015, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 81-86.

précédemment. Il s'agit pour le législateur de remplacer l'expression « *Président de la République* » par « *Chef de l'État de la Transition* », étant donné que selon la Charte : « *le Chef de l'État de la Transition ne porte pas le titre de Président de la République* ». Bien que cette première « *reformulation* », pour reprendre l'expression de la Cour, ne soit pas réellement anodine, l'article 73 fait quant à lui, sans que cela soit réellement justifié, l'objet d'une réécriture complète, ce qui a d'importantes conséquences. En effet, la phrase, « [l]a présente loi qui abroge toutes dispositions antérieures contraires et qui prend effet à compter de la date de sa signature, sera enregistrée et publiée au Journal Officiel » est remplacée par « [l]a présente loi qui prend effet à compter de la date de sa signature, sera enregistrée et publiée au Journal Officiel de la République Centrafricaine ». Les précisions relevant du droit transitoire concernant l'intégration de cette nouvelle loi au sein du système pénal centrafricain ont ainsi disparu. Par conséquent, une incertitude apparaît : comment s'organise l'intégration de la nouvelle Loi au sein du système pénal centrafricain ? *Quid* des potentielles contradictions entre les textes ? La Cour n'apporte aucune précision supplémentaire à ce sujet.

À cette première intrusion dans le travail législatif s'ajoutent dix « *propositions de formulation* » n'ayant aucun lien avec la Charte constitutionnelle. La Cour donne ici une opinion sur le contenu même du projet, jugeant parfois que certaines précisions devraient être apportées ou au contraire simplifiées, que des références sont manquantes, ou encore que le second alinéa d'un article « *doit être éclaté en deux alinéas* », pour ne citer que quelques exemples. Le même constat est fait dans la décision du 20 juillet 2015 traitant de la conformité d'une loi portant dérogation à certaines dispositions du Code électoral. Sous couvert de ne formuler que des « *observations* » sans réelle valeur juridique, la juridiction constitutionnelle souligne des omissions, et porte un jugement sur le choix du pourcentage des suffrages nécessaires pour permettre à un candidat de se présenter au second tour lors des élections législatives. En effet, selon les nouvelles dispositions législatives, les prétendants au poste de député devaient obtenir 10 % des suffrages exprimés pour pouvoir accéder au second

tour. Selon la Cour, ce pourcentage « *paraît excessif* », et en conséquence il lui semble préférable de maintenir la législation antérieure<sup>24</sup>.

Ainsi, la Cour paraît outrepasser son rôle. Elle ne se contente pas de remarquer les dispositions non conformes à la Charte, mais opère un réel contrôle d'opportunité. Il semble dès lors que le « *législateur négatif* » ait succombé aux forces obscures de la scène politique. Cette tendance à l'ingérence politique conduit parfois la Cour à outrepasser ou au contraire se désintéresser de ses compétences.

### **B. Un interventionnisme politique perceptible**

À l'ensemble des remarques et critiques précédemment formulées, il faut encore ajouter la sélection des requêtes opérée par la Cour. Sous couvert d'un raisonnement souvent bien plus long et étoffé que pour justifier son dispositif final, la juridiction semble sélectionner les requêtes auxquelles elle souhaite répondre. Pour s'imposer, elle peut même aller jusqu'à transformer la nature de sa décision.

Selon l'article 76 de la Charte, la Cour n'est pas compétente pour donner son avis sur les projets de loi ordinaire ou organique ; elle peut seulement se prononcer sur leur constitutionnalité. Or, dans de nombreux cas, c'est à titre consultatif qu'elle est saisie, et qu'elle requalifie la demande déposée en saisine pour un contrôle de constitutionnalité, au terme d'un raisonnement chiadé. Tel fut le cas dans la décision portant examen de la conformité de la Loi organique portant organisation du Haut Conseil de Communication de Transition. En l'espèce, la Cour est saisie par courrier du Chef d'État de la Transition d'une « *demande d'avis préalable à la promulgation de la loi organique* ». Se fondant sur l'article 76 précité et sur les articles 17 et 19 de la Loi n° 13.002 – qui confie au Chef de l'État de la Transition la mission de déférer les projets de loi organique et qui fixe le délai dans lequel la Cour est tenue de statuer – elle commence par justifier

24 - DC n° 008/15/CCT portant examen de conformité de la Loi portant dérogations à certaines dispositions de la Loi n° 13.003 du 13 novembre 2013 portant Code électoral de la République Centrafricaine, 20 juillet 2015, [en ligne].

sa compétence pour contrôler une loi organique, ainsi que celle du Chef de l'État pour la saisir. Elle précise ensuite, utilisant cette fois les articles 20 et 22 de la Loi n° 13.002 :

« qu'en ce qui concerne les lois organiques, la Cour Constitutionnelle de Transition se prononce tant sur son contenu que sur sa procédure d'élaboration ; et que lorsque la Cour constate la non-conformité partielle, elle se prononce sur le caractère séparable ou non séparable de la disposition ou des dispositions censurées ».

Elle finit par conclure que « *le contrôle de la constitutionnalité des lois organiques selon les dispositions de l'article 76 de la Charte [...] donne lieu à une décision et non un simple avis* »<sup>25</sup>.

Pareil raisonnement interroge quant à la volonté réelle de la Cour. Étant donné son absence de compétence consultative concernant les lois organiques, elle aurait dû rejeter la requête. Or, elle choisit de se prononcer en transformant la nature du recours par l'interprétation d'un ensemble de dispositions de la Charte, ce qui peut être analysé comme une démonstration de force, dans la mesure où ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours.

Le même type de raisonnement est utilisé par la Cour pour imposer son avis dans la procédure de prorogation de la période de Transition. Selon l'article 102 de la Charte, la durée de la transition est fixée à dix-huit mois, avec possibilité de la prolonger pour six mois supplémentaires après l'avis du Médiateur. Saisie par le Chef de l'État de la Transition, elle utilise l'article 76 de la Charte pour justifier la recevabilité du recours, considérant qu'elle est « *la gardienne de la Charte [...] et qu'à ce titre, elle doit veiller au respect [de ses] dispositions* ». Mais elle se trouve ensuite bien embarrassée pour confronter cet acte hautement discrétionnaire et politique aux dispositions de la Charte. C'est finalement en soulignant « *que l'échéance électorale de Février 2015*

25 - DC n° 003/13/CCT portant examen de la conformité de la loi organique portant organisation du Haut Conseil de Communication de Transition, 26 novembre 2013, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 38-41.

*n'étant plus tenable et qu'il y a menace d'un vide constitutionnel* » qu'elle conclut « *qu'il y a lieu de prendre des mesures qui s'imposent* », et donc que l'avis du Médiateur est constitutionnel<sup>26</sup>.

Cette volonté interventionniste dans certains domaines contraste avec des saisines écartées par la Cour sans réelle motivation. À titre d'exemple, le 17 février 2014, la juridiction constitutionnelle est saisie par un citoyen demandant le contrôle de constitutionnalité de certaines dispositions du Code de la Famille. Dans sa décision n° 004/14/CCT du 10 mars 2014<sup>27</sup>, la Cour déclare la requête irrecevable en se fondant sur l'article 77 de la Charte. Il énonce que « [t]oute personne qui s'estime lésée » par une disposition législative peut former un recours en inconstitutionnalité directement ou dans le cadre d'un litige. La Cour en déduit que « *la personne requérante doit justifier d'un intérêt à agir et que cet intérêt doit être personnel et direct* », pour conclure immédiatement que « *la requête de M. Alain Félix PEMBI ne comporte manifestement aucun élément établissant cet intérêt* ».

Cette liberté d'interprétation de la Charte joue plus souvent en faveur d'une intervention politique de la Cour et d'un désintéressement des questions réellement juridiques. Si cette ingérence est parfois bienvenue<sup>28</sup>, elle reste illusoire dans la majorité des cas, la Cour n'ayant pas les moyens matériels d'imposer une décision contraire au pouvoir exécutif dans un moment aussi complexe.

\*\*\*

26 - DC n° 003/15/CCT portant vérification de la conformité de l'Accord de prorogation de la Transition par le Médiateur de la crise centrafricaine à la Charte Constitutionnelle de Transition, 16 janvier 2015, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 70-73.

27 - DC n° 004/14/CCT portant sur un recours en inconstitutionnalité des articles 201, 206, 208 et 230 de la Loi n° 97.013 du 11 novembre 1997 portant Code de la Famille en République Centrafricaine, 10 mars 2014, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 53-54.

28 - DC n° 010/15/CCT portant interprétation de l'article 106 de la Charte Constitutionnelle de Transition, 28 août 2015, in *Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle de Transition, Requêtes diverses*, op. cit., pp. 90-97.

Certes, ces quelques remarques quant au travail de la Cour Constitutionnelle de Transition Centrafricaine peuvent rapidement décevoir le juriste, prompt à rêver une relation idyllique entre l'instauration d'une justice constitutionnelle de transition et la construction d'un État de droit. Reste à connaître les raisons de la désillusion. Découle-t-elle de la particularité du moment de la transition ? Le rôle du juge constitutionnel est certes impacté par le processus constitutionnel et démocratique en cours mais, inversement, ce contexte et l'incertitude qui en résulte permettent-ils aux cours constitutionnelles d'investir pleinement leurs fonctions ? En d'autres termes, ce cauchemar s'explique-t-il seulement par le contexte centrafricain, ou est-ce la volonté systématique d'appliquer la théorie constitutionnelle occidentale dans n'importe quelle situation qui relève du fantasme ?

LE JUGE ET LE MOMENT ÉCONOMIQUE :  
REGARD SUR LE CONTENTIEUX  
DES ACTES À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE

*Jean-Victor Maublanc*  
*Maître de conférences à l'Université de Poitiers*  
*Institut de droit public (équipe d'accueil 2623)*

Le sujet se situe à la frontière entre la précédente table ronde (« *Le juge et la crise* ») et celle à laquelle j'ai l'honneur de participer (« *Le juge et le moment économique* »). Le premier « *moment économique* » qui vient à l'esprit – et auquel le juge peut être sensible – est en effet la crise économique. De manière plus générale, la vie économique se résume à une suite de « *moments* » plus ou moins soudains et passagers. Les mouvements de croissance et de déclin d'activité, c'est-à-dire les cycles de la conjoncture, se succèdent périodiquement. En réaction, l'intervention des pouvoirs publics varie aussi périodiquement. En période de difficultés économiques, se multiplient les actes encadrant les prix des produits de première nécessité<sup>1</sup> ou par lesquels les personnes publiques prennent directement en charge des activités traditionnellement dévolues au secteur privé<sup>2</sup>. En période de prospérité économique,

181

---

1 - V. par ex. le décret n° 90-701 du 8 août 1990 relatif au prix de vente des produits pétroliers, adopté consécutivement à la crise du Golfe persique, JO n° 183 du 9 août 1990, p. 965. À son propos, cf. BLARY-CLEMENT E., « Réflexions sur le décret n° 90-701 du 8 août 1990 relatif aux prix de vente des produits pétroliers », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 17.

2 - Ainsi l'État est-il entré au capital de grandes entreprises que la crise bancaire

la réponse sera toute autre. Sont par exemple supprimés des régimes d'autorisations administratives limitant l'accès à certaines denrées<sup>3</sup>. Appréciée à l'échelle de la conjoncture, la règle vaut également au niveau d'un secteur ou d'opérateurs économiques donnés.

Ainsi entendu, le « *moment économique* » n'est pas étranger au juge – qu'il soit constitutionnel, européen, administratif ou encore judiciaire – lorsqu'il a à connaître d'actes à caractère économique<sup>4</sup>. Le Conseil constitutionnel est notamment conduit à apprécier la sincérité des hypothèses de croissance et d'inflation à l'occasion du contrôle de la sincérité des lois de finances<sup>5</sup>. La Cour de justice de l'Union

et financière de 2008 avait fragilisées, comme PSA Peugeot-Citroën en avril 2014. À ce propos, v. MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, *Rapport relatif à l'État actionnaire*, annexe au projet de loi de finances pour 2015, p. 69. Pour une synthèse, v. BERNARD S., « L'actionnariat public et la crise », *RFDA*, 2010, p. 756. De manière plus générale, au sujet de l'« *impact considérable* » des situations de crise sur l'action économique de l'administration, cf. CE, *L'action économique des personnes publiques*, Rapport public 2015, La documentation française, spéc. p. 80 et s.

3 - V., tout spécialement, la suppression de la carte d'acheteur pour les professionnels du bétail et de la viande opérée par la loi n° 50-346 du 19 mars 1950 portant abrogation de la loi n° 47-650 du 9 avril 1947, JO, 21 mars 1950, p. 3127. Ce dernier texte instituait une carte d'acheteur pour les bouchers et charcutiers, en raison de « *l'état du marché de la viande à cette époque* » (ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport fait au nom de la commission du ravitaillement sur les propositions de loi de MM. Émile Hugues et Médecin tendant à modifier l'article 6 de la loi n° 47-650 du 9 avril 1947 instituant une carte d'acheteur pour les professionnels du bétail et de la viande par M. Garavel, député*, Annales de l'Assemblée nationale, session de 1949, JOAN, 1952, p. 2217). Passé l'après-guerre, « *l'abondance [...] attestée ne justifie pas le maintien de mesures exceptionnelles et provisoires décidées en 1947, au moment de la pénurie* » (*ibid.*).

4 - Bien que la présente contribution se limite au droit français, le cas de la Cour suprême des États-Unis mérite d'être mentionné. La Grande Dépression des années trente eut une influence déterminante sur sa jurisprudence. À l'origine d'adaptations du texte de la Constitution américaine, ce changement de circonstances économiques a également conduit à des revirements de jurisprudence. À ce sujet, v. VLACHOGIANNIS A., « Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum*, n° 11, décembre 2013, URL : <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-face-au-changement-de-circonstances-de-fait-reflexions-a-la-lumiere-de-l-experience-americaine-789.html>.

5 - Au sujet de la loi de finances pour 2017, cf. CC, 30 décembre 2016,

européenne a quant à elle très tôt affirmé sa compétence pour vérifier l'exactitude matérielle des faits économiques motivant les décisions soumises à son contrôle<sup>6</sup>. En contentieux administratif, la situation de pénurie sur le marché constitue un motif d'intérêt général fondant pour le Conseil d'État des mesures restrictives à l'exportation<sup>7</sup>. Elle traduit par ailleurs l'existence d'un intérêt public conditionnant la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques<sup>8</sup>. S'agissant enfin du juge judiciaire, les contentieux commercial<sup>9</sup> ou social<sup>10</sup> témoignent de l'incidence plus ou moins décisive que peut avoir l'évocation de la conjoncture du moment sur l'issue du litige.

Cet apparent consensus jurisprudentiel masque pourtant des approches radicalement différentes de la question. Leur dénominateur commun est le refus, plus ou moins réel d'ailleurs<sup>11</sup>, d'exercer un contrôle d'opportunité de l'acte à caractère économique. Même limitée à un seul ordre de juridiction, le juge administratif, et à un

n° 2016-744 DC, *Loi de finances pour 2017*.

6 - Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 21 mars 1955, aff. 6/54, *Gouvernement du Royaume des Pays-Bas c/ Haute Autorité*, Rec. I, p. 204.

7 - CE, Ass., 23 mars 1984, n° 24832, *Ministre du commerce c/ Sté Alivar*, Rec. p. 127.

8 - CE, Ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris (OABP)*, Rec. p. 272 ; *AJDA*, 2006, p. 1592, chron. LANDAIS C. et LENICA F. ; *ibid.*, 2008, p. 911, étude ISRAËL J.-J. ; *RDI*, 2006, p. 480, obs. DREYFUS J.-D. ; *RFDA*, 2006, p. 1048, concl. CASAS D. ; *RTD com.*, 2006, p. 774, obs. ORSONI G.

9 - V. notamment le contentieux de la déspecialisation. La demande du titulaire d'un bail commercial d'exercer des activités nouvelles et différentes s'apprécie au regard notamment de la « *conjoncture économique* » (art. L. 145-48 du code de commerce). Cf. par ex., CA Bordeaux, 5 mars 2008, n° RG 06/06566, *SARL Mai NAE c/ SNC Patrick Saurat et compagnie*.

10 - Cf. par ex., s'agissant de la révocation du gérant de la société en nom collectif ou de la société à responsabilité limitée, la notion de juste motif fondé sur l'intérêt social, qui « *peut être assimilée à la réorganisation ou à la baisse de l'activité sociale liée à la conjoncture économique* » (GIBRILA D., *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2019, n° 259).

11 - SAVY R., « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *Dalloz*, Chron., 1972, pp. 3-25, spéc. p. 82 et s. S'agissant du contrôle des lois de finances en revanche, le Conseil constitutionnel est toujours resté très circonspect. Aucune insincérité dans les prévisions économiques n'a jamais été censurée.

seul contrôle, celui de légalité<sup>12</sup> des actes administratifs unilatéraux<sup>13</sup>, l'analyse du contentieux des actes à caractère économique révèle des rapports complexes entre le juge et le moment économique.

De prime abord, le juge administratif traite avec une certaine distance la question du moment économique<sup>14</sup>. Il répugne à pénétrer dans un domaine qui relève avant tout du choix politique des gouvernants<sup>15</sup>. Au surplus, la légitimité nécessaire pour « *qualifier économiquement* » le moment lui fait défaut.

Pourtant, le juge administratif est doublement conduit à connaître du « *moment* » à l'occasion du contrôle de la légalité des

12 - La conjoncture économique joue aussi un rôle déterminant en matière de recours de plein contentieux. V. par ex., en matière de responsabilité de l'État du fait de l'intervention de règlements encadrant le prix des produits pétroliers à la Réunion, CE, 30 juin 2016, n° 380628, *Société Total Réunion*, Rec.t. Lorsque le juge administratif tient compte de la conjoncture économique, c'est parfois pour en neutraliser les effets (s'agissant de l'indemnisation intégrale du préjudice « *quelles que soient les circonstances économiques* », v. CE, Sect., 12 juin 1981, n° 02569, *Centre hospitalier de Lisieux*, Rec. p. 262). Doit enfin être évoqué le contentieux fiscal, le juge de l'impôt pouvant se montrer imperméable à la conjoncture économique. Ainsi, l'art. 1389 du CGI prévoit le bénéfice d'un dégrèvement de la taxe foncière sur les propriétés bâties en cas d'exploitation d'un immeuble utilisé par le contribuable lui-même à usage industriel ou commercial lorsque, notamment, cette exploitation est indépendante de la volonté du contribuable. En méconnaissance de la lettre de la loi, le juge affirme qu'aucune contrainte économique ne saurait présenter le caractère d'une force majeure justifiant la fermeture de l'entreprise (CE, 20 juillet 1988, n° 57892, *Droit fiscal*, 1988, n° 2085 concl. SAINT PULGENT, DE M.).

13 - L'influence de la conjoncture économique en contentieux administratif transcende la classification des actes administratifs. S'agissant des contrats administratifs, le premier choc pétrolier a ainsi eu une influence directe sur l'application de la théorie de l'imprévision par le juge administratif (v. notamment CE, Sect., 4 mai 1990, n° 71707, *Compagnie Industrielle Maritime C.I.M.*, Rec.t.).

14 - SAVY R., « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », *art. cit.*

15 - L'observation n'est pas propre au juge administratif. Au sujet du Conseil constitutionnel, v. CLAMOUR G., « La "concurrence" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », V<sup>e</sup> congrès de l'Association française de droit constitutionnel, 9 au 11 juin 2005, Montpellier et RABAULT H., « La constitution économique de la France », *RFDC*, 2000, p. 707.

actes à caractère économique. Le premier moment économique est celui au cours duquel l'acte intervient, c'est-à-dire où il entre en vigueur. Le second moment économique est celui durant lequel l'acte est appliqué, où il est en vigueur.

## I. LA PÉRIODE AU COURS DE LAQUELLE L'ACTE À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE INTERVIENT

Au stade du contrôle de la violation directe de la règle de droit aussi bien que de celui des motifs, le contrôle de légalité présente l'occasion pour le juge administratif de « *revenir* » sur ce moment économique originel. Pour partie imposée par les textes (A), cette appréciation résulte en même temps du pragmatisme du juge administratif (B).

### A. Le contrôle des motifs économiques justifiant l'acte contesté

Contrairement aux idées reçues, l'analyse économique de la période au cours de laquelle l'acte intervient résulte prioritairement d'une contrainte pour le juge administratif. Lorsqu'un texte impose à l'autorité administrative de tenir compte de la conjoncture économique avant de se prononcer, le juge n'a d'autre d'alternative que d'apprécier, par ricochet, la réalisation de cette condition. Trois illustrations permettent de s'en convaincre.

La première concerne le transport aérien. Après les chocs pétroliers des années soixante-dix, le secrétaire d'État aux transports avait autorisé la compagnie Air-Inter à abandonner plusieurs lignes aériennes. Cette décision se fondait sur les dispositions réglementaires d'une convention l'y autorisant en cas de « *transformation profonde des conditions économiques de leur exploitation* »<sup>16</sup>. Le Conseil d'État dut donc évaluer la nature et l'ampleur de la crise traversée afin de contrôler la légalité de la décision que contestaient les chambres du commerce et de l'industrie des destinations concernées. Invoquant une « *transformation profonde de la conjoncture économique, liée notamment aux hausses*

16 - CE, Sect., 18 mars 1977, n°s 97930, 97940 et 97941, *Chambres de commerce et d'industrie de La Rochelle, Belfort et Lille-Roubaix-Tourcoing*, Rec. p. 324.

des prix des produits pétroliers »<sup>17</sup> et susceptible de perdurer encore un certain temps, le juge conclut à la légalité de la décision.

Une autre illustration a trait à l'établissement des offices publics et ministériels. La « situation [...] économique » figurant traditionnellement parmi les critères réglementaires permettant à l'administration d'évaluer les projets de création, de transfert et suppression d'offices ou de bureaux annexes d'huissiers de justice<sup>18</sup> et de notaire<sup>19</sup>, le juge administratif se trouve à son tour contraint d'apprécier cette condition lorsque les décisions auxquelles ces projets donnent lieu sont contestées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Si le Conseil d'État s'est sobrement fondé sur la « situation économique » de l'île de Saint-Barthélemy pour apprécier la légalité d'un arrêté du garde des Sceaux y autorisant la création d'un office notarial<sup>20</sup>, la Cour administrative d'appel de Bordeaux s'est, dans une autre affaire, livrée à une étude approfondie de la situation économique de l'île pour rejeter une demande de suppression de bureaux annexes d'un office notarial. Pour démontrer « la conjoncture économique favorable » de l'île, elle s'est même risquée à en rechercher exactement les causes<sup>21</sup>.

17 - *Ibid.*

18 - Décret n° 75-770 du 14 août 1975 relatif aux conditions d'accès à la profession d'huissier de justice ainsi qu'aux modalités des créations, transferts et suppressions d'offices d'huissiers de justice et concernant certains officiers ministériels et auxiliaires de justice, JO du 22 août 1975, p. 8588. Presque totalement abrogé par l'art. 2 du décret n° 2016661 du 20 mai 2016 relatif aux officiers publics et ministériels, le texte demeure en vigueur en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (art. 37-6), JO n° 0120 du 25 mai 2016, texte n° 31.

19 - Décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, à la compétence d'instrumentation et à la résidence des notaires, à la garde et à la transmission des minutes et registres professionnels des notaires, JO n° 0281 du 3 décembre 1971, p. 11796. Également abrogé en quasi-totalité par l'art. 2 du décret n° 2016-661, préc., le texte demeure en vigueur en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (art. 2-5).

20 - CE, 27 octobre 2016, n° 393640, *SELAS Sylvie Ricour-Brunier*.

21 - Le « dynamisme des deux secteurs clés pour l'économie locale, à savoir le tourisme et le BTP [secteur du bâtiment et des travaux publics] », CAA Bordeaux, 18 mai 2018, n° 16BX00771, *Mme D. c/SCP Gérald Mouial*.

Un dernier exemple peut être tiré du droit du travail. Le choix de présenter cette illustration en dernier lieu ne doit rien au hasard. Lorsqu'un acte administratif intervient en ce domaine, il arrive régulièrement que l'administration puisse légalement se fonder sur un motif d'ordre économique. Pour autant, celui-ci repose le plus souvent sur une analyse microéconomique. La situation économique est exclusivement appréciée à l'échelle de l'entreprise ou des entreprises du groupe intervenant dans le même secteur d'activité. Il en va tout spécialement ainsi du contrôle des autorisations administratives de licenciement des salariés protégés<sup>22</sup>. Il est toutefois des hypothèses dans lesquelles la situation économique, appréciée à plus grande échelle, se confond avec la conjoncture. La « réduction ou [la] suspension d'activité imputable à la conjoncture économique »<sup>23</sup> figure parmi les cas d'octroi d'allocations de chômage partiel par l'autorité administrative prévus par le Code du travail. Lorsqu'il contrôle l'appréciation portée sur la cause de la réduction d'activité alléguée, le juge administratif l'impute à la conjoncture ou estime, au contraire, qu'elle présente un « caractère structurel »<sup>24</sup>.

### B. La prise en compte prétorienne des réalités économiques

Le juge administratif est, de lui-même, sensible au contexte économique dans lequel l'acte a été adopté<sup>25</sup>. Ces circonstances peuvent avoir une incidence sur sa légalité.

22 - Lorsque la demande se fonde sur un motif à caractère économique, l'inspecteur du travail et, le cas échéant, le ministre doivent rechercher si la situation de l'entreprise justifie le licenciement. Par ricochet, le juge administratif est lui-même contraint d'apprécier la réalité d'un tel motif lorsqu'il contrôle les décisions de ces autorités administratives.

23 - Art. R. 351-50 du Code du travail (abrogé par l'art. 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 relatif au Code du travail). Par une formule voisine, le droit positif vise également la « conjoncture économique » (v. l'art. R. 5122-1 du Code du travail relatif aux conditions d'attribution de l'allocation spécifique de chômage partiel prévue à l'art. L. 5122-1 du même code).

24 - CE, 13 novembre 1995, n° 156339, *Sté Pierre Gicquel*, Rec. p. 682.

25 - Il n'est ici question que des actes à caractère économique. En matière de droit des étrangers par exemple, la conjoncture économique peut ou non avoir une incidence

Le moment peut d'abord fonder des évolutions, voire des revirements de jurisprudence. En matière de primes au développement industriel, la « *conjoncture économique* » a ainsi été prétoriquement érigée en critère permettant d'apprécier leur retrait<sup>26</sup>. L'interprétation évolutive du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par le Conseil d'État en offre une illustration plus générale. L'étendue des atteintes devant être supportées par les opérateurs privés en cas d'intervention économique de la puissance publique a varié selon les époques. S'agissant d'une part de l'exercice d'une activité économique par une personne publique, les solutions dont sont porteurs les arrêts *Casanova*<sup>27</sup> et *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*<sup>28</sup> sont, chacune à leur façon, attachées à la période économique au cours de laquelle elles sont intervenues<sup>29</sup>. S'agissant d'autre part de l'édiction d'une réglementation économique par la puissance publique, la conjoncture économique peut influencer le contrôle du juge. Dans l'arrêt *Vézia*<sup>30</sup>, la crise agricole sévissant à l'époque dans les colonies africaines françaises a considérablement œuvré au maintien d'un décret étendant les pouvoirs des sociétés indigènes de prévoyance au préjudice des autres opérateurs privés<sup>31</sup>. Les conclusions du

sur l'appréciation de la légalité de la décision par le juge administratif. À l'appui de la première hypothèse, cf. par ex., CAA Paris, 14 avril 2015, n° 14PA04339 (à propos d'une décision de refus de titre de séjour) et CAA Nantes, 26 octobre 2016, n° 15NT03257 (au sujet d'une décision d'ajournement d'une demande de naturalisation). À l'appui de la seconde hypothèse, v. CAA Lyon, 13 octobre 2016, n° 15LY03388 (s'agissant d'une décision de refus d'une autorisation de travail).

26 - CE, 8 juillet 1988, n° 69220, *Société SABDEC*, Rec. p. 280.

27 - CE, 29 mars 1901, n° 94580, *Casanova*, Rec. p. 333.

28 - CE, 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 374 ; *GAJA*, n° 44, 16<sup>e</sup> éd. En droit positif, l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* précité a précisé cette jurisprudence sans en modifier la substance.

29 - Prospérité économique pour la première, crise des années trente pour la seconde. Cette dernière est « *très marquée par le contexte économique et social dans lequel elle a été rendue* », *GAJA*, n° 44, 16<sup>e</sup> éd., p. 275.

30 - CE, Ass., 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, Rec. p. 1212.

31 - Le Conseil d'État invoque d'ailleurs expressément « *les circonstances ci-dessus précisées où [la mesure] a été édictée* » pour écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

commissaire du gouvernement Roger Latournerie<sup>32</sup> sont, à ce sujet, particulièrement éloquentes<sup>33</sup>.

De façon plus subtile, le moment influence l'application d'une jurisprudence. La situation de crise économique peut ainsi expliquer un assouplissement provisoire du contrôle du juge administratif, sans que la règle ne subisse en apparence la moindre atténuation. Après les périodes d'après-guerres, les années soixante-dix en offrent une illustration particulièrement éclatante. La doctrine démontre ainsi que la « *crise économique des années 70 [...] a agi [sur le juge administratif] comme une sorte "d'électrochoc"* », l'incitant à assouplir la mise en œuvre de la jurisprudence relative à l'intervention économique des personnes publiques<sup>34</sup>.

Le premier moment économique est donc la conjoncture fondant ou entourant l'adoption de l'acte. Le second moment économique est celui durant lequel les mesures prévues par l'acte s'appliquent. Il s'agit du moment de la régulation.

## II. LA PÉRIODE AU COURS DE LAQUELLE L'ACTE À CARACTÈRE ÉCONOMIQUE PRODUIT SES EFFETS

Idéalement, les deux moments économiques présentement identifiés devraient coïncider. L'acte traduirait la réaction appropriée et instantanée des pouvoirs publics à l'état de la conjoncture. Dès que celle-ci change, l'acte serait modifié ou remplacé. La politique économique serait ainsi parfaitement en phase avec la conjoncture économique<sup>35</sup>.

32 - LATOURNERIE R., Concl. sur CE, Ass., 20 décembre 1935, *Établissements Vézia*, préc., *RDP*, 1936, p. 118.

33 - « *Le contexte justifie ici de manière explicite l'infléchissement du principe libéral [de la liberté du commerce et de l'industrie]* » CHELIL A., « La boussole du conseiller d'État », *RFDA*, 2017, p. 401.

34 - DEVES C., « Attribution des collectivités territoriales : interventions économiques », *Répertoire des collectivités locales*, mai 2019, n° 4190.

35 - Et, idéalement, concorder avec un troisième moment, celui où le juge administratif apprécie la conjoncture économique.

La pratique révèle des situations nettement plus complexes. L'obsolescence qui, à terme, frappe inmanquablement l'acte à caractère économique ne trouve pas systématiquement de traduction juridique. L'action du juge se déploie alors dans deux directions. Lorsque les mesures prévues par l'acte ne doivent durer qu'un temps, le juge tient compte de cette circonstance à l'occasion de son contrôle (A). Lorsque, à l'inverse, aucune durée n'est prévue, il est susceptible de contrôler l'acte à l'aune du nouveau contexte économique (B).

### A. L'épuisement programmé des effets de l'acte

Dans certains cas, les mesures prévues par l'acte ne sont applicables que pour une période et une situation déterminées. De nombreux dispositifs économiques sont institués pour une durée limitée : ils visent à répondre au moment entendu comme la conjoncture.

Par exception au principe de libre détermination des prix inscrit à l'alinéa premier de l'article L. 410-2 du Code de commerce<sup>36</sup>, le troisième alinéa<sup>37</sup> prévoit que le gouvernement peut adopter des « mesures temporaires » par décrets en Conseil d'État « dont la validité ne peut excéder six mois [...] contre des hausses ou des baisses excessives de prix ». Motivées par une situation de crise, ces mesures s'avèrent en pratique rarissimes. Elles tiennent jusqu'ici en trois illustrations. Après le passage d'un cyclone dévastateur, des limites aux prix de vente à la production de plusieurs produits, notamment alimentaires, furent

36 - Issu de l'art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JO du 9 décembre 1986, p. 14765.

37 - Avant l'alinéa 3, qui pose une exception conjoncturelle au principe de liberté des prix, l'alinéa 2 introduit une exception structurelle. Visant les « secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires », ces dispositions peuvent être appliquées aux mêmes secteurs que l'alinéa 3. S'agissant du marché des produits pétroliers sur l'île de la Réunion et sur l'archipel de Saint-Pierre-et-Miquelon. V. respectivement CAA Bordeaux, 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 12BX02575, *Société Engen Réunion* et CAA Bordeaux, 14 avril 2017, n° 15BX00325, *SAS Hardy*.

imposées pour une durée de quatre mois dans le département de la Guadeloupe<sup>38</sup>. Un an plus tard, la crise du Golfe persique motivait l'adoption d'un décret réglementant pour une durée d'un mois la vente des produits pétroliers<sup>39</sup>. La crise sanitaire du printemps 2020 a renouvelé l'intérêt du dispositif, s'agissant de la vente des gels hydro-alcooliques destinés à l'hygiène corporelle<sup>40</sup>.

Des dispositifs temporaires propres à certaines collectivités territoriales ont également pu être adoptés. En Nouvelle-Calédonie, des mécanismes de contrôle des prix applicables pendant douze voire dix-huit mois furent institués par le législateur du pays à l'occasion du remplacement des taxes à l'importation par une taxe générale à la consommation<sup>41</sup>. Justifiés par les risques inflationnistes qu'emportait cette réforme fiscale, ils furent pour partie censurés par le Conseil constitutionnel en raison de l'atteinte disproportionnée portée à la liberté d'entreprendre<sup>42</sup>.

Le caractère provisoire ou transitoire des mesures que comprennent ces actes influe nécessairement sur le contrôle du juge. Rapportée au présent sujet d'étude, le contentieux administratif, l'affirmation peut sembler bien péremptoire. D'une part, aucun des trois décrets pris sur le fondement de l'alinéa trois de l'article L. 410-2 du Code de commerce<sup>43</sup> n'a été contesté devant le juge administratif<sup>44</sup>. D'autre part, les mécanismes prévus en Nouvelle-Calédonie par le législateur du pays ont logiquement généré un contentieux devant le Conseil constitutionnel. Des enseignements transposables

38 - Décret n° 89-680 du 20 septembre 1989 relatif aux prix de vente et aux marges de certains produits en Guadeloupe, JO du 21 septembre 1989, p. 11893

39 - Décret n° 90-701 du 8 août 1990 relatif aux prix de vente des produits pétroliers, JO n° 183 du 9 août 1990, p. 9657.

40 - Décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydro-alcooliques, JO n° 56 du 6 mars 2020, texte n° 13.

41 - Paragraphes II et III de l'art. 19 de la loi du pays du 30 septembre 2016, JONC du 11 octobre 2016, p. 11048.

42 - CC, 12 avril 2019, n° 2019-774 QPC, *Société Magenta Discount et autre*.

43 - Décrets n° 89-680 et 90-701, préc.

44 - Comme le démontre une rapide recherche sur le site internet *Légifrance*.

au contentieux administratif peuvent néanmoins en être tirés. La finalité d'intérêt général poursuivie par les mesures litigieuses, leur champ d'application limité à certains produits et services de première nécessité ainsi que leur caractère temporaire peuvent conduire le juge à admettre des restrictions qui, en d'autres circonstances, auraient porté une atteinte excessive aux libertés des opérateurs économiques.

### ***B. La question de la persistance de l'acte après le moment***

Lorsque l'acte ne prévoit aucun terme aux mesures qu'il contient, et que le moment de la régulation ne correspond plus à celui de la conjoncture, le juge peut intervenir pour le résorber. En vertu de la jurisprudence *Simmonet*<sup>45</sup>, l'administration a en effet l'obligation de modifier voire d'abroger un règlement économique en cas de changement de circonstances économiques. C'est là l'application de la jurisprudence *Despujol*<sup>46</sup> au domaine économique. Un parallèle peut bien sûr être dressé avec les contrats administratifs et la théorie de l'imprévision. De la même façon, le « *nouveau moment économique* » impose que l'acte évolue ou qu'il disparaisse.

Lorsqu'elle concerne le domaine économique, le juge administratif soumet toutefois l'application de la jurisprudence *Despujol* à des conditions plus strictes<sup>47</sup>. Le changement dans les circonstances ayant motivé l'acte doit revêtir « *pour des causes indépendantes de la volonté des intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et qu'il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique* »<sup>48</sup>. Ainsi, mêmes lorsqu'elles s'avèrent exceptionnelles, les circonstances économiques ne peuvent semble-t-il pas être traitées comme les autres par le juge administra-

tif<sup>49</sup>. Dans l'arrêt *Simmonet*, et pour conclure sur une note tropicale, les quantités de rhum que chaque usine sucrière de Guadeloupe pouvait exporter étaient calculées selon la production de l'entreprise... vingt ans plus tôt !

45 - CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/Sieur Simmonet*, Rec. p. 19 ; RDP, 1964, pp. 182 et 455, concl. BRAIBANT G. et note WALINE M. ; Sirey, 1964, p. 239, note AUBY J.-M.

46 - CE, 10 janvier 1930, *Despujol*, Rec. p. 30 ; Sirey, 1930, III, p. 41.

47 - Qualifiées par Marcel Waline de « *draconiennes* », cf. la note sous l'arrêt *Simmonet*, préc., RDP, 1964, p. 457.

48 - CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/Sieur Simmonet*, préc.

49 - Elles sont inspirées par la crainte que l'appréciation portée par le juge administratif ne confine au contrôle d'opportunité. Cette inquiétude transparait à la lecture des conclusions de Guy Braibant sous cet arrêt (publiées à la RDP, 1964, p. 182) et motive la formulation, encore plus restrictive, finalement privilégiée par la formation de jugement.



## LA CJUE ET LE PRINCIPE DE CONFIANCE MUTUELLE

*Marquerite Guirese*  
*Docteure en droit public*

La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) sur le principe de confiance mutuelle entre États membres en droit de l'Union Européenne (UE) illustre le rapport conflictuel qui peut exister entre le juge et le moment.

Le moment politique peut, en effet, représenter une difficulté dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. D'une part le juge, chargé de veiller à l'application respectueuse du droit pour la permanence et le bon fonctionnement de l'ordre juridique, cherche à contenir les effets des tensions ponctuelles que l'actualité politico-judiciaire révèle. D'autre part, en développant sa jurisprudence, le juge ne peut ignorer ou renier la réalité politique et juridique du moment. Il doit élaborer une jurisprudence constructive, cohérente et crédible qui s'inscrive et perdure dans le temps.

Le juge de la CJUE cherche à endiguer les effets de l'actualité grâce à la présomption que pose le principe de confiance mutuelle entre États membres en droit de l'Union (I). Il reste néanmoins soumis à l'obligation de s'adapter à la réalité du moment qui s'éternise. Dans un contexte européen de tensions accrues, cela le conduit à développer dans sa jurisprudence des exceptions à la règle du principe (II). Ce faisant, il doit répondre au défi de la permanence de sa jurisprudence (III).

## I. LA RÉSISTANCE DU JUGE FACE AUX TENSIONS CONJONCTURELLES

En tant que projet d'intégration, d'abord exclusivement économique devenu aujourd'hui également politique, l'Union européenne regroupe des États souverains. Des tensions politiques naturelles surviennent entre ces États membre. Celles-ci peuvent réveiller les réflexes de méfiances entre les autorités nationales compétentes et entraver le bon fonctionnement d'instruments de coopération européenne. Le juge de la CJUE, l'institution juridictionnelle de l'UE veillant au respect du droit de l'Union<sup>1</sup>, cherche à contenir les effets des tensions du moment. Il s'appuie ainsi sur le principe de confiance mutuelle entre États membres (A) dont la jurisprudence constitue aujourd'hui un véritable enjeu pour la légitimité de l'Union européenne (B).

### A. Le principe de confiance mutuelle entre États membres

Afin de contenir les effets de tensions naturelles entre autorités nationales de différents États, la Cour de Justice rappelle l'existence et l'importance d'une confiance mutuelle entre les États membres érigée en principe en droit de l'Union. Encadré et doté d'effets juridiques déterminés, ce principe de confiance mutuelle est à distinguer de la confiance politique que partagent ces États, bien que tous deux soient nécessairement intrinsèquement liés<sup>2</sup>.

Le juge de la CJUE a progressivement développé sa jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle entre États membres, laquelle garantit le maintien de mécanismes de coopération européenne fondée sur la reconnaissance mutuelle<sup>3</sup>. Si le concept émerge discrètement

1 - Article 19 TUE.

2 - GUIRESSE M., *Le principe juridique de confiance mutuelle entre États membres en droit de l'Union européenne*, thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2020, 601 pp.

3 - Le principe de confiance mutuelle du droit de l'Union est à distinguer de son corollaire, le principe de reconnaissance mutuelle. GUIRESSE M., *Le principe juridique de confiance mutuelle entre États membres en droit de l'Union européenne*, thèse, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2020, 601 pp., spéc. pp. 331-341.

dans le cadre de la jurisprudence concernant le marché intérieur<sup>4</sup>, le principe est clairement proclamé dans le cadre du contentieux de l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice (ELSJ) avec l'arrêt *Gözütok et Brügger*<sup>5</sup>. Après quoi, la CJUE consacre définitivement celui-ci comme un principe constitutionnel et existentiel avec l'avis 2/13<sup>6</sup>.

Ainsi, en droit de l'Union, les États membres peuvent parfois être tenus de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres. Concrètement en droit positif, le principe de confiance mutuelle entre États membres peut parfois obliger ces derniers « à *ne pas faire* ». La présomption générale se traduit, en effet, par deux obligations négatives à la charge des autorités nationales d'exécution lors de la mise en œuvre du droit européen et de ses mécanismes de coopération. En vertu du principe :

- « il ne leur est pas possible non seulement
- d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union<sup>7</sup>,
- mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union »<sup>8</sup>.

Le principe permet au juge de la CJUE de contenir les tensions ponctuelles qui animent l'actualité judiciaire alors que, du fait de la nature même de leurs fonctions, les autorités nationales peuvent faire preuve de réflexes de méfiance. Aujourd'hui, le principe soutient

4 - CJCE, 25 janvier 1977, aff. C-46/76, *Bauhuis*, ECLI:EU:C:1977:6 ; CJCE, 11 mai 1989, aff. C-25/88, *Wurmser e.a.*, ECLI:EU:C:1989:187 ; CJCE, 23 mai 1996, aff. C-5/94, *Hedley Lomas*, ECLI:EU:C:1996:205.

5 - CJCE, 11 février 2003, aff. jointes C-187/01 et 385/01, *Gözütok et Brügger*, ECLI:EU:C:2003:87.

6 - CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454.

7 - CJUE, 29 janvier 2013, aff. C-396/11, *Radu*, ECLI:EU:C:2013:39 ; CJUE, 26 fév. 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

8 - CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, préc.

essentiellement des instruments de coopération européenne fondés sur la reconnaissance mutuelle comme le Mandat d'arrêt européen (MAE) en matière de coopération judiciaire pénale, ou encore le système « Dublin », central pour la coopération européenne en matière d'asile et immigration. Il en garantit le bon fonctionnement.

### **B. Un argument de légitimation pour l'Union**

Le principe de confiance mutuelle n'est pas qu'une garantie momentanée de l'effectivité des instruments de coopération européenne. Il représente également un enjeu pour la légitimité de l'Union, laquelle s'articule autour de l'efficacité de la construction européenne, du respect de la protection des droits fondamentaux et de la reconnaissance de la place majeure des États membres au sein du projet.

La construction européenne est en recherche constante de légitimité<sup>9</sup>. Cette dernière serait aujourd'hui conférée, en amont par le droit<sup>10</sup> et le respect des droits fondamentaux et en aval par les réalisations concrètes, mais également, et ce en permanence, par l'accord et la participation des États membres<sup>11</sup>. Ces trois solides fondements – légitimité de la légalité formelle, légitimité fonctionnaliste et légitimité Étatique – sont appréhendés selon la méthode constitutionnelle par le juge de la CJUE. Ce dernier découvre l'existence de principes et de valeurs universels transcendants à fort

9 - Au sens de « Conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution » V. CORNU G., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 6<sup>e</sup> éd., 2004, p. 531. Si la problématique de la légitimité semble avoir été historiquement « occultée », elle est aujourd'hui devenue une question centrale pour et au sein de l'Union. QUERMONE J.-L., *L'Europe en quête de légitimité*, Presses de Sciences Po, 2001, p. 9.

10 - CORTEN O., « La persistance de l'argument légaliste : éléments pour une typologie contemporaine des registres de légitimité dans une société libérale », *Droit et société*, 2002, n° 50, pp. 185-208.

11 - BERTHELET P., « Le droit constitutionnel européen comme remède à la crise des valeurs, ou l'aporie de la quête du fondement du droit », *RUE*, 2017, n° 610, p. 398.

accent moral et à forte dimension Étatique<sup>12</sup>. Ceux-ci répondent au besoin de triple légitimité et, en dépassant le droit positif, ils garantissent son effectivité.<sup>13</sup>

La consécration et l'utilisation croissante du principe de confiance mutuelle entre États membres par le juge semblent être le résultat de la méthode constitutionnaliste mise en œuvre pour la légitimité européenne. D'abord, le contenu moral du principe, à valeur constitutionnelle depuis l'avis 2/13, est évident. Il est centré sur la notion de confiance. Ensuite, la découverte de droit du principe par la jurisprudence est par nature légitimante. Enfin, l'application du principe permet la légitimité par l'efficacité. D'une part, elle justifie et garantit la bonne application du droit matériel en reconnaissant la place importante des États membres. D'autre part, elle garantit le respect des droits fondamentaux en développant des exceptions adaptées – nous y reviendrons.

La recherche de légitimité de la construction européenne, constante et infinie, s'accroît dans le contexte de « polycrise »<sup>14</sup> de ces dernières années. Les méfiances envers l'Union et entre les États membres se réveillent alors que l'Union paraît impuissante

12 - En réaction aux critiques de défaut de légitimité de l'Union européenne, un rééquilibrage de trois légitimités a semblé nécessaire et une quête de légitimité de l'Union s'organise à la tête duquel apparaît le juge. Bertrand B., « La nouvelle approche du droit de l'Intégration », in *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude Blummann*, Bruylant, 2015, p. 560.

13 - Autrement dit, la méthode constitutionnaliste assoit la légitimité de l'Union car, tout d'abord, le juge placé au centre est un juriste compétent en position d'assurer et de garantir une posture éthique en son sein. Ensuite, en amont, la légitimité par le droit est toujours assurée puisque, juridique, les principes dégagés constituent du Droit. Enfin, en aval, la légitimité par l'efficacité fonctionne dès lors que cette efficacité est perçue au sens d'une application respectueuse du droit, pour l'efficacité des mécanismes, dans le respect des droits fondamentaux.

14 - L'UE fait face à « une polycrise insuffisamment maîtrisée » selon les termes employés par le président Juncker en janvier 2015. Elle enchaîne les crises, de la crise économique à la crise de l'euro, la crise grecque, la crise terroriste ou encore à la crise migratoire, etc. V. notamment BLUMANN C., PICOD F., *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2010, 349 pp.

et défaillante. Le juge élaborant la jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle doit faire face à ce contexte particulier et s'adapter.

## II. L'ADAPTATION DU JUGE À LA RÉALITÉ DU MOMENT

Provoquée par le moment, l'élaboration de la jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle ne peut jamais y échapper. En période de polycrise, les tensions et la défiance s'accroissent (A). La jurisprudence doit s'adapter aux exigences de la réalité juridico-politique du moment et les exceptions à la règle du principe de confiance mutuelle se multiplient<sup>15</sup> (B).

### A. Le contexte de tension accrue

Le moment est à la montée des nationalismes et à la contestation, ponctuelle mais fréquente, des instruments de coopération du droit de l'Union européenne. Cette dernière se manifeste par exemple dans le discours politique de certains gouvernements d'États membres comme la Hongrie, la Pologne ou la République Tchèque. Ceux-ci ont, notamment, contesté et empêché la bonne mise en œuvre<sup>16</sup> du mécanisme temporaire de solidarité prévoyant la relocalisation des demandeurs d'asile pour faire face à la pression migratoire subie par les États membres frontières<sup>17</sup>. Le dernier Conseil européen<sup>18</sup> rappelle également le débat qui oppose les États membres entre eux

15 - CJUE, 5 avril 2016, aff. jointes C-404/15 et C-659/15 PPU, *Aranyosi et Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198 ; CJUE, 19 mars 2019, C-297/17, *Bashar Ibrahim*, ECLI:EU:C:2019:219.

16 - CJUE, aff. jointes C-715/17, C-718/17 et C-719/17, *Commission c. Pologne, Hongrie et République tchèque*, ECLI:EU:C:2020:257. V. également, les conclusions présentées par l'Avocat général Eleanor Sharpston le 31 octobre 2019 dans les affaires *Commission c. Pologne, Commission c. Hongrie et Commission c. République tchèque*, *ibid.*, ECLI:EU:C:2019:917.

17 - Décision (UE) 2015/1523 du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce et décision (UE) 2015/1601 du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

18 - Conseil européen extraordinaire du 17 au 21 juillet 2020 à Bruxelles.

et avec les institutions européennes concernant le respect de l'État de droit et l'interprétation « *illibérale* » des valeurs de l'Union inscrites à l'article 2 TUE<sup>19</sup>. Ce débat rejaillit dans le contentieux sur le MAE et la jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle alors que des autorités judiciaires nationales questionnent l'exécution d'un MAE émis par un État membre au sein duquel l'indépendance judiciaire est contestée<sup>20</sup>.

Les instruments de coopération européenne se trouvent également entravés par des affaires de politiques nationales qui rejaillissent sur la scène européenne. Ainsi, le mécanisme du MAE a été mis en échec dans le cadre de la « *saga judiciaire* » Puigdemont<sup>21</sup>, lorsque les autorités judiciaires belges et allemandes ont refusé d'exécuter un MAE émis par l'Espagne sur fond de crise catalane<sup>22</sup>. Dans sa décision de retrait du MAE, le juge espagnol souligne expressément que, selon lui, les autorités judiciaires des autres États membres n'ont pas agi conformément au principe de confiance mutuelle du droit de l'Union<sup>23</sup>.

Le contexte de crises, facteur de défiance, affecte nécessairement la jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle. Déjà

19 - Au cours du Conseil européen extraordinaire convoqué pour trouver un accord sur le plan de relance pour faire face à la crise de la Covid-19 et sur le cadre financier pluriannuel de l'UE pour la période 2021-2027, la conditionnalité des mesures de soutien accordées au respect de l'État de droit et/ou des valeurs de l'Union prévues par l'article 2 TUE a été vivement débattu entre les dirigeants européens.

20 - Cour suprême d'Irlande, 12 mars 2018, n°[2018] IEHC 119, *Minister for Justice and Equality vs. Celmor*.

21 - LABAYLE H., « L'affaire Puigdemont et le mandat d'arrêt européen : chronique d'une faillite annoncée », *R.A.E.-L.E.A.*, 2018, n° 3, p. 417.

22 - Le Parlement catalan proclame unilatéralement l'indépendance de la Catalogne après que le gouvernement régional présidé par l'indépendantiste Carles Puigdemont ait organisé un référendum d'autodétermination interdit par la justice espagnole. Des poursuites sont engagées contre les dirigeants indépendantistes pour sédition et rébellion, délits passibles d'un maximum de trente ans de prison et le juge espagnol émet un MAE à l'encontre de M. Puigdemont qui a quitté l'Espagne pour la Belgique. Visé par le MAE, l'individu se déplace au sein de l'Espace Schengen et l'affaire judiciaire européenne Puigdemont commence.

23 - Tribunal Supremo, Sala de lo penal, n° 20907/2017, 19 juillet 2018, pp. 7-8.

en 2011, la crise de la dette grecque entraîne l'élaboration d'une première exception à la règle du principe. Les capacités d'accueil des demandeurs d'asile de l'État membre n'étant plus optimales, la présomption de respect des droits fondamentaux qui lie les États membres exige une exception.

### **B. Le développement d'exceptions à la règle**

À partir des années 2010, les crises mondiales, européennes et nationales s'enchaînent. Sous l'influence, notamment, d'autres juges comme ceux de la Cour Européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) ou de Cours Constitutionnelles nationales<sup>24</sup>, le juge de la CJUE doit s'adapter au contexte difficile.

Pour la première fois en 2011, alors que l'Union est secouée par la crise de la dette grecque, la CJUE est invitée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à préciser sa jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle entre États membres en matière d'asile et d'immigration<sup>25</sup>.

Le 21 janvier 2011, la Cour EDH condamne la Grèce et la Belgique pour le transfert d'un demandeur d'asile en Grèce, en raison de l'existence de défaillances de la procédure d'asile grecque<sup>26</sup>. La Cour EDH s'oppose ainsi à une mise en œuvre systématique de l'obligation de transfert d'un demandeur d'asile vers l'État membre responsable de l'examen de la demande, en vertu du règlement Dublin<sup>27</sup>. Selon

24 - V. notamment, CEDH, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, *M.S.S c. Belgique*; CEDH, 4 novembre 2014, req. n° 29217/12, *Tarackhel*; Cour Suprême du Royaume-Uni, 19 février 2014, *R (on the application of EM (Eritrea) (EH) (MA) (AE) v Secretary of State for the Home Department [2014] UKSC 12*; Cour constitutionnelle allemande, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14.

25 - LABAYLE H., « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *Cahiers de droit européen*, 2014, vol. 50, n° 3, pp. 501-534.

26 - CEDH, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, *M.S.S c. Belgique*.

27 - Règlement 343/2003/CE du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50, 25.2.2003, pp. 1-10.

elle, le transfert automatique entre États membres ne peut systématiquement se justifier, dans toutes les hypothèses, sous prétexte d'une confiance interétatique due à un droit de l'UE respectueux des droits fondamentaux<sup>28</sup>.

La CJUE prend acte. La même année avec l'arrêt *NS*<sup>29</sup>, elle se réfère explicitement à l'arrêt *M.S.S.* et constate que la crise grecque semble avoir affecté le fonctionnement normal de l'État concerné et de ses infrastructures d'accueil. Face à la réalité du moment, le juge considère que l'existence de « *défaillances systémiques* » dans la procédure d'asile d'un État membre impose, malgré le principe de confiance mutuelle entre États membres, le refus exceptionnel du transfert d'un demandeur d'asile dans le cadre du système Dublin. Autrement dit, la Cour développe une exception en reconnaissant expressément que la protection des droits fondamentaux empêche une « *confiance aveugle* »<sup>30</sup> entre autorités des différents États membres. Selon le juge, des exceptions sont possibles si ce n'est nécessaires<sup>31</sup> afin de s'adapter au moment.

28 - Elle se réfère notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'UE ayant acquis force obligatoire avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et à l'article 6 § 3 TUE « *les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention EDH [...] font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ». Les contraintes et les obligations qui résultent de l'appartenance d'une État à une organisation internationale ne sauraient l'exonérer de sa responsabilité en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme. ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « L'État membre de l'Union européenne vu de la CEDH », in *ADE*, Bruylant, vol. II, 2004, pp. 212-230, spéc. p. 221.

29 - CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, préc.

30 - LENAERTS K., « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *Common Market Law Review*, 2017, pp. 805-840. ANAGNOSTARAS G., « Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest Warrant : Aranyosi and Căldăraru », *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, n° 6, pp. 1675-1704.

31 - V. LABAYLE H., « Droit d'asile et confiance mutuelle : regard critique sur la jurisprudence européenne », *art. cit.*; MITSILEGAS V., « The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual », in *Justice and trust in the European legal order. The Copernicus lectures*, Ciro Grandi, 2016, pp. 39-99, spéc. p. 40.

En 2016, la Cour de Justice développe une nouvelle exception, cette fois sous l'influence de la Cour constitutionnelle allemande et en matière de coopération judiciaire pénale. Le 15 décembre 2015, cette dernière se prononce dans une affaire classique de MAE aux fins d'exécution d'une peine privative de liberté. Elle affirme, conformément à ce qui est déjà prévu dans d'autres domaines<sup>32</sup>, que le principe de confiance mutuelle ne peut s'appliquer sans limite en matière de coopération judiciaire pénale<sup>33</sup>.

Selon la Cour constitutionnelle, le droit à la dignité garanti par la loi fondamentale allemande peut justifier l'exercice d'un contrôle de la part de l'autorité judiciaire d'exécution, voire le refus d'exécution du MAE. Ceci alors même que ce contrôle irait à l'encontre du principe de reconnaissance mutuelle et du principe de confiance mutuelle sur lequel celui-ci repose<sup>34</sup>. En effet, dans certaines circonstances particulières liées aux faits d'espèce, la confiance mutuelle entre États membres de l'UE peut être affaiblie<sup>35</sup> et, dans ce cas, le principe du droit de l'UE ne doit pas s'appliquer<sup>36</sup>.

Quelques mois plus tard, le 5 avril 2016, la Cour de Justice prend à nouveau acte en rendant l'arrêt *Aranyosi-Căldăraru*<sup>37</sup>. Elle ouvre une exception au régime général d'automaticité des remises du MAE et comme en 2011, la protection des droits fondamentaux justifie cette dérogation. L'interdiction de traitements inhumains ou dégradants, autrement dit le droit à la dignité, justifie une exception

32 - La Cour constitutionnelle allemande se réfère à la jurisprudence *NS* (préc.) de la CJUE : en matière d'asile et d'immigration, le principe de confiance mutuelle entre États membres ne pose qu'une présomption réfragable de respect des droits fondamentaux.

33 - Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, préc., pt 85.

34 - Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, *ibid.*, pts 83 et 105.

35 - V. le Communiqué de presse n° 4/2016 du 26 janvier 2016 de la Cour constitutionnelle allemande.

36 - Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, *ibid.*, pts 83 et 74.

37 - CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, préc.

à l'interdiction de contrôle dans un cas concret qu'impose le principe de confiance mutuelle aux autorités nationales compétentes.

Dans l'hypothèse où des éléments « *objectifs, fiables, précis et dûment actualisés* », indiquent l'existence de « *défaillances systémiques* » ou « *généralisées* » dans les conditions de détention dans un État membre, ou des « *défaillances touchant certains groupes de personnes* » et « *des défaillances touchant certains centres de détention* », l'autorité judiciaire nationale doit apprécier l'existence d'un risque réel ou, d'un « *risque concret et précis* », de traitements inhumains ou dégradants pour l'individu visé par le MAE, « *à l'aide de motifs sérieux et avérés* ». Afin de pouvoir identifier précisément l'existence d'un « *cas exceptionnel* », l'autorité judiciaire doit exercer une double appréciation, *in abstracto* et *in concreto*<sup>38</sup>. À cette fin, les autorités compétentes ont obligation de communiquer et, le cas échéant, le report de l'exécution du MAE doit être prononcé.

La Cour de Justice vient sans cesse apporter des précisions concernant le contrôle que l'autorité judiciaire nationale doit effectuer, selon la jurisprudence *Aranyosi et Căldăraru*<sup>39</sup>, afin d'être adapté à la réalité du moment. D'autres exceptions devraient être développées à l'avenir mais déjà, le juge fait face à un défi de taille.

### III. LE DÉFI DE PERMANENCE DE LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence doit se maintenir dans le temps. S'adapter au moment devient un véritable défi pour le juge de la Cour de Justice. Tandis que la jurisprudence risque parfois de perdre de sa vigueur (A), sa cohérence vis-à-vis des justiciables et des autres juges européens est en jeu (B).

38 - Par exemple, une fois l'hypothèse de « *défaillances dans les conditions de détention dans plusieurs centres de détention* » de l'État d'émission identifiée, l'autorité judiciaire d'exécution devra pouvoir s'assurer que l'individu visé par le MAE ne sera pas détenu dans un des centres défaillants. V. les suites de l'affaire *Aranyosi* avec l'ordonnance de la CJUE, 15 novembre 2017, *Pál Aranyosi*, ECLI:EU:C:2017:866.

39 - CJUE, 25 juillet 2018, aff. C-220/18 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft*, ECLI:EU:C:2018:589 ; CJUE, 15 octobre 2019, aff. C-128/18, ECLI:EU:C:2019:857.

### A. L'apparente perte de vigueur du principe de confiance mutuelle

Face à la multiplication des exceptions jurisprudentielles, la crainte de la dilution du principe est vive. Elle incite le juge à développer des nuances jurisprudentielles complexes, se traduisant par des formulations ambiguës pouvant interroger à terme la crédibilité du principe.

C'est par exemple le cas en 2017 dans l'arrêt *C.K.*<sup>40</sup> visant le contentieux en matière d'asile et immigration. Dans un premier temps, les juges affirment que dès lors que la solution rendue s'assure de la prise en compte de toutes les situations particulières des individus vulnérables visés par le système de transfert de demandeurs d'asile, elle respecte le principe de confiance mutuelle<sup>41</sup>. Elle participe même à l'existence et au maintien de cette dernière puisqu'elle renforce le respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'UE<sup>42</sup>. Dans un second temps cependant, les juges de Luxembourg précisent que le non-respect de la solution ne remettrait pas en cause ledit principe<sup>43</sup>.

Le juge cherche visiblement à prévenir les critiques dont il pourrait faire l'objet afin d'asseoir et maintenir sa jurisprudence dans le temps. Vu les ressemblances de l'affaire avec celle d'*Aranyosi-Căldăraru* en matière de coopération judiciaire pénale<sup>44</sup>, l'extension du

régime d'exception dans le domaine de l'asile pouvait être attendue, celui-ci étant jusque-là limité aux « *défaillances systémiques* ». Toutefois, le juge ne dégage pas de nouvelle exception. Il limite au maximum les exceptions à la règle du principe de confiance mutuelle basé sur le concept a priori absolu de confiance. Parallèlement, la Cour de Justice se protège également des éventuelles critiques qui espèrent, à l'inverse, de nouvelles exceptions favorables à la protection effective des droits fondamentaux afin d'éviter les dangers d'une confiance aveugle<sup>45</sup>.

La formulation est juridiquement justifiée. En l'espèce, ce qui est en cause est un transfert d'une personne gravement malade<sup>46</sup> qui constituerait, en tant que tel, un traitement inhumain ou dégradant, et non le traitement que subira l'individu une fois transféré dans l'État membre responsable de l'examen de la demande. La responsabilité dudit traitement pèse ainsi exclusivement sur l'État membre de transfert. Dès lors qu'il est seul concerné et responsable, le rapport de confiance entre États membres n'est jamais remis en question.

40 - CJUE, 16 février 2017, C-578/16 PPU, *C.K. c. Slovénie*, ECLI:EU:C:2017:127.

41 - *Ibid.*, pt 70.

42 - V. notamment LENAERTS K., « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *art. cit.*, p. 805.

43 - CJUE, 16 février 2017, *C.K.*, préc., pt 95.

44 - L'arrêt rappelle fortement l'arrêt majeur de l'année précédente, l'arrêt *Aranyosi-Căldăraru* concernant l'exécution d'un MAE (CJUE, 5 avril 2016, préc.). Dans cette affaire, la Cour de Justice était également confrontée à la question du respect de l'interdiction de traitements inhumains ou dégradants dans le cadre du « *transfert* » (la remise) d'un individu entre États membres. Or, au nom du droit absolu à la dignité, l'arrêt rendu par la Cour prévoit de nouvelles hypothèses d'exceptions à l'interdiction de vérifier, dans un cas concret, le respect effectif des droits fondamentaux déduite du principe de confiance mutuelle. En plus de l'existence de défaillances systémiques ou généralisées dégagées par la jurisprudence antérieure en matière d'asile, l'existence de défaillances touchant certains groupes de personnes, ou encore les défaillances de certains centres de détention en

ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission justifie également l'exception à la remise quasi-automatique de l'individu visé.

45 - LENAERTS K., « La vie après l'avis : exploring the principle of mutual (yet not blind) trust », *art. cit.*, pp. 805-840.

46 - En l'espèce, un couple de réfugiés arrive légalement en Croatie muni d'un visa. Madame est enceinte et doté de faux documents grecs, le couple entre illégalement en Slovénie. où il dépose deux demandes de protection internationale puis une troisième, après la naissance de l'enfant. Suivant la procédure du règlement Dublin III, le Ministère de l'intérieur slovène rend une décision de refus d'examen des demandes d'asile et de transfert des requérants après que la Croatie ait admis sa responsabilité. Cependant, le Tribunal administratif annule une première fois cette décision et ordonne le réexamen de l'affaire afin que les autorités nationales s'assurent que Mme C.K., M. H.F. et leur enfant A.S., auront accès aux soins médicaux adéquats car Madame fait état de difficultés d'ordre psychiatriques médicalement constatées (dépression post-partum et tendances suicidaires) Malgré des garanties fournies par les autorités croates, le juge slovène annule une seconde fois la décision de refus d'examen de la demande et de transfert et suspend son exécution jusqu'à l'adoption d'une décision juridictionnelle définitive sur le fond du litige. L'affaire arrive devant la Cour suprême et la Cour constitutionnelle qui ne sont pas d'accord sur l'interprétation du droit de l'UE. La première forme alors un recours préjudiciel.

Autrement dit, dans l'affaire *C.K.* et contrairement à l'affaire *N.S.*<sup>47</sup>, le principe de confiance mutuelle entre États membres n'est pas questionné. Aucune responsabilité par ricochet de l'État d'exécution envers la personne transférée n'est en cause en raison des défaillances systémiques dans l'État responsable de l'examen de la demande d'asile.

La formulation dérange pourtant lorsqu'elle n'est pas contextualisée et expliquée. Lorsque le juge affirme que la solution rendue respecte et renforce le principe de confiance mutuelle mais que son non-respect ne remettrait pas en cause ledit principe, ce dernier apparaît comme une formule vide de sens, légitimant tout mais n'étant affecté par rien. Il perd dès lors en crédibilité.

Le juge de la CJUE fait face à un défi aussi épineux que primordial. Il doit trouver un équilibre jurisprudentiel acceptable qui permette la permanence du principe, et ce, sans affecter son autorité. À mesure que ce principe s'inscrit dans le temps, il se développe. Conserver sa cohérence devient alors également un défi de taille.

### **B. L'exigence de cohérence du principe de confiance mutuelle**

En quarante ans, de 1970 à fin 2014, la jurisprudence de la CJUE sur le principe de confiance mutuelle compte 67 arrêts tandis que durant les cinq dernières années suivantes seulement, de 2015 à juin 2020<sup>48</sup>, 69 arrêts peuvent déjà être recensés. L'augmentation exponentielle de l'utilisation jurisprudentielle du principe s'accompagne d'une évolution certaine qui prend essentiellement la forme de nouvelles exceptions.

Ces exceptions ne remettent pas en cause le principe en lui-même. Malgré la terminologie utilisée par la Cour de Justice, elles s'apparentent d'ailleurs davantage à des dérogations tant l'identification d'une hypothèse exceptionnelle et ses conséquences sont encadrées. Il ne s'agit pas d'exceptions à la confiance érigée en principe mais d'exceptions à la règle du principe. L'exception de la jurisprudence *N.S.* ou celle de la jurisprudence *Aranyosi-Căldăraru* sont des exceptions (ou

47 - CJUE, 21 décembre 2011, *N.S.*, préc.

48 - Dernière mise à jour le 22.06.2020.

dérogations) à l'une des deux interdictions déduites de la présomption générale de respect du droit de l'Union et des droits fondamentaux par les États membres, à savoir l'interdiction des autorités judiciaires de vérifier dans un cas concret le respect effectif des droits fondamentaux par un autre État membre participant au renforcement de cette confiance érigée en principe. Elles constituent, autant que la règle, le principe de confiance mutuelle.

Toutefois, trop d'exceptions décrédibilisent la réalité juridique d'un principe de confiance, voire la réalité pratique d'une telle confiance. La difficulté est que loin d'être une notion technique objectivement réglable, la notion de « *confiance* » semble difficilement conciliable avec des exceptions nombreuses, même contenues. Et leur création dans un temps relativement court ne fait qu'accroître ce discrédit.

Alors que « *l'incohérence de la jurisprudence est souvent un signe de dysfonctionnement* »<sup>49</sup>, la crédibilité du principe est en jeu. Le principe de confiance mutuelle doit conserver sa cohérence conceptuelle dans le temps, tout en relevant le défi de la continuité du droit, « *cette transformation permanente* »<sup>50</sup> consistant en la recherche constante d'équilibre entre « *des forces de conservation et des forces de changement* »<sup>51</sup>.

Par nature en tant qu'élément de droit, le principe de confiance mutuelle doit suivre, au fil du temps et des problèmes rencontrés, la réalité et ses besoins. Le rôle du juge est d'accompagner cette évolution. Elle doit être mesurée. Dans le même temps, le principe doit rester un concept juridique stable et cohérent. À défaut, il risque d'apparaître comme un vœu sans prise à la réalité à laquelle s'applique le droit. La jurisprudence doit donc accompagner l'évolution du principe tout en offrant une certaine prévisibilité juridique<sup>52</sup>.

49 - KANNINEN H., « La prévisibilité de la jurisprudence », *RUDH*, 2016, vol. 22, n° 7-12, p. 270.

50 - VIRALLY M., *La pensée juridique*, Éditions Panthéon-Assas, 2010, p. 188.

51 - RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, réimprimé en 1994, 431 pp. V. également BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, LGDJ, coll. « Méthodes du droit », 2012, pp. 124-125.

52 - KANNINEN H., « La prévisibilité de la jurisprudence », *art. cit.*, pp. 269-275.

Le juge doit faire évoluer sa jurisprudence sur le principe de confiance mutuelle sans se renier. Le défi est d'autant plus grand que, depuis ses débuts jurisprudentiels, le contexte politique, économique et juridique de l'UE a fortement évolué. L'UE connaît une « *crise généralisée* ». Après la crise financière et la crise de l'euro, le Brexit, face à la menace terroriste et en pleine crise des réfugiés ou encore de l'État de droit, la méfiance politique et technique grandit. L'actualité est ainsi marquée par des actes de méfiance entre États membres, comme le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures<sup>53</sup> ou le recours préjudiciel auprès de la CJUE de la Cour suprême irlandaise questionnant l'État de droit en Pologne<sup>54</sup>. Le principe de confiance mutuelle se trouve nécessairement affecté par un contexte tendu où la confiance politique ou judiciaire est mise à mal.

En définitive, appréhender le moment est un défi d'autant plus difficile pour le juge que, alors qu'il doit essayer d'en contenir les effets sans nier sa réalité, il n'en reste jamais maître. Une situation momentanée peut perdurer, voire s'aggraver. Le vote du Brexit ou les tensions autour de la relocalisation des migrants et des contrôles des frontières externes et internes traduisent les méfiances politiques ou techniques accrues. Après la période de méfiance peut s'installer le temps de la méfiance. Alors, transformé, le moment échappe au juge de la Cour de Justice. Le besoin d'ajustements du principe de confiance entre États membres s'accroît afin de préserver sa crédibilité, son effectivité ou son acceptabilité. Le juge devra, à nouveau, dans une recherche permanente d'équilibre, renouveler sa jurisprudence.

---

## CONCLUSION

---

53 - V. notamment Décision d'exécution (UE) 2016/894 du Conseil du 12 mai 2016 arrêtant une recommandation relative à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures en cas de circonstances exceptionnelles mettant en péril le fonctionnement global de l'espace Schengen, JO L 151, 8.6.2016, pp. 8-11. V. également la réaction des États membres concernant les contrôles, voire les fermetures aux frontières internes face à l'épidémie du Covid-19 à partir de mars 2020.

54 - Cour suprême d'Irlande, 12 mars 2018, *Celmer*, préc.



## CONCLUSION

JEAN GOURDOU

*Professeur de droit public à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,  
Directeur du Laboratoire Pau Droit Public (PDP) EA 1926*

À l'issue de ce riche colloque – pour lequel je souhaite avant toute chose féliciter l'ensemble des organisateurs et des intervenants –, je me propose de profiter de l'ampleur du thème traité pour aborder rapidement une question périphérique à celles étudiées durant la matinée : le juge et le moment qu'il consacre à l'analyse du dossier.

Au cours, en effet, de l'instance et à ses diverses étapes, un ou plusieurs magistrats va ou vont se retrouver face à des arbitrages – procéduraux ou de fond – ponctuant autant de moments de réflexion. Loin d'être négligeable, l'enjeu de ces moments apparaît souvent décisif car chacun d'entre eux amène le juge à satisfaire ou, au contraire, décevoir les attentes d'une instruction de qualité que les justiciables sont en droit de nourrir.

Or, de l'avis de multiples observateurs et acteurs, des dynamiques contemporaines inquiètent à cet égard, qui semblent tendre à une fragilisation de ces moments passés à examiner le dossier et à en tirer, avec un recul suffisant et une sérénité minimale, les conclusions qui s'imposent. Les phénomènes en question procèdent essentiellement de ce que d'aucuns ont qualifié de « *dérive managériale de la juridiction administrative* », privilégiant une justice compétitive, basée sur une

logique de performance mesurée par des indicateurs purement chiffrés (notamment le nombre d'affaires traitées par chaque magistrat)<sup>1</sup>.

Certes, l'on peut comprendre la volonté de combattre tout à la fois la lenteur ancienne de la justice administrative et l'engorgement des juridictions dû à un accroissement significatif des contentieux à traiter, dans un contexte budgétaire n'autorisant pas un renforcement significatif des moyens humains. La modernisation du fonctionnement traditionnel des juridictions s'entend également, du fait non seulement de règles et pratiques antérieures insatisfaisantes (que l'on songe seulement au traitement de l'urgence, par le juge administratif, avant la réforme de 2000) mais aussi d'innovations technologiques majeures (dépôt des requêtes et pièces par « Télécours » ; programmes informatiques de gestion des dossiers ; bases de données ; etc.). Toutefois, « *vouloir exiger des magistrats des gains de productivité toujours plus élevés, les contraint à rendre une justice moins approfondie, moins méticuleuse, parfois même, une "justice de copié-collé" de précédents plus ou moins topiques, ce qui a pour effet de dévaloriser leur savoir-faire et de dénaturer ainsi leur cœur de métier* »<sup>2</sup>.

L'équation semble conduire à un résultat inéluctable : l'impératif de traiter toujours plus de dossiers dans un délai non extensible limite le temps que le magistrat peut consacrer à leur analyse. Le moment de réflexion va ainsi s'amenuisant, ce qui entraîne une frustration manifeste mise en relief par les syndicats<sup>3</sup> et, pire encore, « *se traduit mécaniquement par une baisse de la qualité des décisions* »<sup>4</sup>.

Avant même cette phase ultime qui consiste à réfléchir à la solution finale à donner au litige, une instruction fournit plusieurs occasions de se pencher sur un dossier, à savoir notamment :

1 - Sur la question, v. notamment COSTA E., « Des chiffres sans les lettres - La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA*, 2010, p. 1623.

2 - *Ibid.*

3 - Cf. le livre blanc de l'Union Syndicale des Magistrats Administratifs (USMA) de juillet 2020 (URL : [https://www.usma.fr/images/Livre\\_blanco-USMA-2020.pdf](https://www.usma.fr/images/Livre_blanco-USMA-2020.pdf)), p. 19 : « (...) la "course à l'échalote" pratiquée dans nombre croissant de juridictions, consistant à demander toujours plus aux collègues que ce qui est supposé être attendu en haut lieu, semble devenir la règle, et les magistrats perdent du sens dans cette course effrénée ».

4 - *Ibid.*

- un regard initial sur la requête pour déterminer si celle-ci mérite une mise au contradictoire ou un rejet immédiat par ordonnance (art. R. 222-1 du code de justice administrative – CJA), ou encore soulève des questions qui justifieraient une réponse accélérée par rapport au tout-venant du contentieux, au besoin par la fixation d'une date de clôture d'instruction et d'audience (art. R. 611-11 CJA) ;
- le rôle, normalement dévolu au rapporteur, de suivi au long cours du dossier dont il a été saisi selon un rythme censé varier en regard des « *circonstances de l'affaire* » (article R. 61110 CJA) et qui peut également supposer, dès qu'il estime celle-ci en l'état d'être jugée, la communication aux parties d'un calendrier prévisionnel (art. R. 611-11-1 CJA) ;
- les analyses préalables du rapporteur et du rapporteur public sur l'issue qu'ils souhaiteraient voir donner à l'affaire par la formation de jugement.

Or, à chacun de ces stades, sous la pression des contraintes de productivité susrappelées, l'érosion du moment de réflexion est palpable : ici, un justiciable va devoir sensibiliser la juridiction, par des courriers insistants, avant de lui faire prendre conscience de la nécessité de rejeter par ordonnance une requête pourtant manifestement irrecevable ; là, c'est une instruction à la dérive, faute d'un rapporteur au gouvernail, jusqu'à ce que l'écueil du délai excessif de jugement le contraigne à la reprendre en main ; là, enfin, c'est un magistrat qui, devant l'alourdissement de sa charge de travail et la complexité toujours croissante du droit et des techniques contentieuses, va se désoler de ne pouvoir consacrer au dossier le temps nécessaire à l'approfondissement des interrogations qu'il soulève. Une enquête sur les conditions et la charge de travail dans les juridictions administratives menée en 2019 par le syndicat de la juridiction administrative révèle à ce propos que les rapporteurs publics sont 50 % à considérer que leur charge de travail affecte le contenu de leurs conclusions<sup>5</sup>.

5 - Syndicat de la juridiction administrative, « Résultats de l'enquête 2019 sur la

Par-delà cette dépréciation, le moment de réflexion connaît un autre affaiblissement en ce qu'il s'avère de moins en moins partagé. L'examen collectif d'un dossier constitue pourtant un pilier fondamental de la procédure administrative contentieuse, inscrit comme tel au frontispice du code de justice administrative (article L.3) et gage incontestable de qualité des décisions rendues<sup>6</sup>. Sa remise en cause culmine évidemment lorsqu'est permise l'intervention d'un magistrat statuant seul, bien que celle-ci se justifie souvent pleinement, en particulier s'agissant des procédures de référé mais aussi face à une requête qui ne mérite pas, à l'évidence, de prospérer. Mais la perte en regards croisés provient également de mécanismes plus insidieux, telle la dispense croissante de conclusions de rapporteurs publics dans certains contentieux. Prévues comme une simple possibilité laissée à l'appréciation du président de la formation de jugement ou du magistrat statuant seul dans les matières limitativement énumérées par l'article R. 732-1-1 du code de justice administrative, cette dispense d'intervention du magistrat appelé à « *exposer publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* »<sup>7</sup> semble faire l'objet de dérives en conduisant « *de facto à sa disparition progressive dans certains contentieux* »<sup>8</sup>.

Bref, il semblerait que les moments de réflexion que les juges accordent à l'examen d'un dossier soient aujourd'hui plus rares, plus

---

charge et les conditions de travail dans les juridictions administratives”, [En ligne], <http://lesja.fr/index.php/actualites/vie-du-sja/resultats-de-l-enquete-2019-sur-la-charge-et-les-conditions-de-travail-dans-les-juridictions-administratives>

6 - V. notamment LABOUYSSE D., « Collégialité et qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, 2016, p. 751.

7 - Art. L. 7 du CJA.

8 - Livre blanc précité : « ainsi, dans certaines juridictions ou certaines chambres, les rapporteurs publics, soumis à des pressions statistiques intenable, sont contraints de renoncer à conclure dans une grande majorité, sinon l'intégralité, des dossiers : les garanties prévues par les textes, à savoir une dispense à la libre initiative du rapporteur public et le maintien d'un double regard sont, de fait, anéanties ». Le même livre blanc dénonce en outre « une application *contra legem* du mécanisme de dispense de conclusions du rapporteur public » pour faire face « aux difficultés rencontrées par le rapporteur public pour prendre des RTT ».

précipités, moins partagés qu'ils ne l'étaient avant l'introduction de la nouvelle gestion publique dans la politique et l'administration de la justice, supposant « *l'utilisation accrue de techniques de gestion administrative et de critères de résultats calqués sur la gestion de l'entreprise, ainsi que le recours à des mécanismes de pilotage utilisés dans le secteur marchand : les fameux trois "E" que sont l'économie, l'efficacité et l'efficience* »<sup>9</sup>.

Le présent colloque que j'ai l'honneur de conclure atteste que le monde universitaire n'a pas encore, malgré le renforcement, ces dernières années, de dynamiques analogues, sacrifié les nécessaires temps de réflexion qui ont fait son prestige. Que de jeunes chercheurs en aient été la cheville ouvrière et les protagonistes rend d'autant plus optimiste quant à la survivance de cette spécificité, en dépit des vents contraires.

---

9 - COSTA E., *art. cit.*

Achévé d'imprimer sur les presses d'Ipadour  
85 Cami Salié – 64000 Pau  
pour le compte des PUPPA  
décembre 2020