



LOYAUTEË DANS PROCÈS ADMINISTRATIF

Alix Perrin

Resumo

Este trabalho tem como objetivo discutir a necessidade de lealdade no processo administrativo. Para tanto, será discutido, a princípio, a exigência de lealdade frente às jurisdições administrativas. Nesta parte, será apontado o papel do juiz administrativo e as diferentes situações que mostram a exigência de lealdade. Na segunda parte, serão estudadas as funções da exigência de lealdade, onde se enfatiza a necessidade de equilibrar a relação entre o juiz e as partes, bem como de legitimar o papel do juiz.

Palavras-Chave

Processo Administrativo. Lealdade. Jurisdição Administrativa.

LOYALTY IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

Abstract

This paper aims to discuss the necessity of loyalty on the administrative process. For that, it will be discussed, at first, the requirement of loyalty ahead the administrative jurisdictions. In this part, it will be pointed the role of the administrative judge and the different situations that show the exigence of loyalty. In the second part, it will be studied the functions of the requirement of loyalty, where an emphasis is done on the necessity of balancing the relationship between the judge and the parties, and legitimize the role of the judge as well.

Keywords:

Administrative process. Loyalty. Administrative Jurisdiction.

1 INTRODUCTION

Le procès administratif évolue. Cette évolution se manifeste dans le perfectionnement et la diversification des recours contentieux ou bien encore dans le renforcement des pouvoirs¹ du juge. Elle se manifeste tout autant, bien que plus discrètement,

Professeure de droit public. Centre de Recherche et d'Etude en Droit et Science Politique (CREDES-PO). Université de Bourgogne. Elle est l'auteur d'un livre sur l'injonction de droit public français (édition Panthéon-Assas). Elle enseigne le droit public européen au Master 2 "European Business Lawyer" de l'Université Paris Descartes.

Professora de Direito Público vinculada ao Centro de Pesquisa e Estudo em Direito e Ciência Política da Universidade de Bourgogne. É autora de livro sobre a injunção do direito público francês (editora Panthéon-Assas). Ensina Direito Público Europeu no mestrado em Advocacia de Negócios Europeus da Universidade Paris Descartes

¹ Voir récemment, CE, 23 juil. 2014, Sté Octapharma France, n°349717: le juge se reconnaît le pouvoir de différer les effets de sa décision juridictionnelle au profit seulement de certaines parties au pro-

dans le déroulement du procès administratif : les changements affectant, souvent par petites touches successives, la procédure administrative contentieuse illustrent aussi une conception renouvelée de l'office du juge, étroitement liée au renforcement de l'exigence de loyauté dans le procès administratif. L'application de cette exigence au procès administratif n'est pas nouvelle. C'est d'ailleurs très logiquement qu'elle trouve, dans la procédure administrative contentieuse, son domaine d'application privilégié. Les règles de procédure sont envisagées comme « un élément efficace de la moralisation du combat juridictionnel »². La procédure doit servir à protéger « les parties contre les risques de décisions arbitraires ou arrachées par un trop habile adversaire »³. R. Odent soulignait que le « débat contentieux (...) est un combat juridique qui doit être organisé et obéir à des règles destinées à assurer la loyauté des méthodes utilisées par les parties en cause, à garantir entre elles une certaine égalité »⁴. Plusieurs jurisprudences anciennes sont directement inspirées par l'exigence de loyauté du procès. Le juge administratif refuse ainsi d'aggraver la charge financière incombant à l'Etat lorsque la victime, afin d'accroître son indemnisation, fait abusivement trainer l'instruction en ne produisant pas de mémoire. Dans ce cas, le juge administratif fixe le montant de l'indemnité en se plaçant à la date à laquelle il aurait été en mesure de statuer si la requérante avait fait diligence dans le dépôt de ses mémoires⁵. L'exigence de loyauté se manifeste ainsi, selon la formule des maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, par « l'organisation d'un procès sans piège ni surprise »⁶. Elle concerne autant les rapports entre les parties que les rapports entre le juge et les parties. L'étude de la loyauté dans le procès administratif illustre ainsi la manière dont le juge administratif appréhende « la dialectique contentieuse » et exerce son office. Elle constitue un vecteur de l'efficacité du procès, la question de l'office du juge dans ses rapports avec les parties étant aussi déterminante, pour l'issue du procès, que celles de l'étendue de son contrôle ou des de ses pouvoirs. Ces dernières années, le juge administratif a multiplié les efforts pour garantir aux parties un procès loyal, plus transparent, moins aléatoire et intégrant davantage les parties dans son déroulement et jusqu'à la décision finale. Cette évolution participe elle aussi à la profonde transformation du juge administratif. Pourtant, il n'existe toujours pas de principe juridique de loyauté : aucun texte, aucune jurisprudence ne formalise de manière abstraite l'existence d'un principe de loyauté dans la procédure administrative contentieuse. L'article 763 du code de procédure civile prévoyant que le juge « *veille au déroulement loyal de la procédure* » n'a pas d'équivalent dans le code de justice administrative. L'exigence de loyauté demeure une règle de conduite que le juge administratif s'impose à lui-même. Elle jouit ainsi d'un statut particulier devant les juridictions administratives (I). L'exigence de loyauté remplit également des fonctions propres au procès administratif (II). A ces deux égards, elle illustre la spécificité irréductible de celui-ci.

cès; CE, 27 juil. 2015, M. B, req. n°367484: reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge saisi d'un recours indemnitaire pour faire cesser le comportement fautif de la personne publique et le préjudice qui en résulte

² R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, Tome I spéc. p. 710 et suiv sur "l'objet de la procédure"

³ R. Odent, précité, spéc. p. 711

⁴ R. Odent, précité, spéc. p. 710

⁵ CE, 29 juil. 1953, Lebourg, rec. 428

⁶ X. Domino et A. Bretonneau, *Chronique de jurisprudence administrative – De la loyauté dans le procès administratif*, AJDA 2013 p. 1276

2 LE STATUT PARTICULIER DE L'EXIGENCE DE LOYAUTÉ DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Les textes ne consacrent pas de principe de loyauté de la procédure administrative contentieuse. La jurisprudence refuse même d'en consacrer un. Ce choix s'explique par une certaine conception de l'office du juge administratif excluant la formalisation d'un tel principe juridique. Toutefois, l'exigence de loyauté, inhérente à la justice, n'est pas absente du procès administratif. Elle s'inscrit dans plusieurs règles, principes ou pratiques qui garantissent « un débat contentieux sans piège et sans surprise ». Les garanties d'un procès administratif loyal sont d'ailleurs aujourd'hui beaucoup plus nombreuses.

2.1 L'office du juge administratif, fondement de l'absence d'un principe juridique de loyauté dans la procédure administrative contentieuse

La conception de l'office du juge administratif dans l'organisation et le déroulement du procès tranche avec celle du juge judiciaire, plus en retrait à l'égard des parties. L'intervention du juge judiciaire se borne à vérifier que les parties disposent effectivement des garanties et instruments encadrant le déroulement du procès. C'est en ce sens qu'il faut lire l'article 763 du code de procédure civile selon lequel le juge « a pour mission de veiller au déroulement loyal de la procédure » : l'exigence de loyauté s'applique principalement aux relations entre les parties à l'instance. L'absence d'équivalent d'une telle disposition dans le CJA s'explique en raison du rôle singulier et très important du juge dans le procès administratif : le juge administratif, n'est pas seulement, à l'instar du juge judiciaire, un arbitre du débat contentieux auquel il demeure extérieur. Le juge administratif est acteur du procès administratif : il maîtrise l'organisation de la procédure administrative contentieuse⁷. Le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse, qui demeure un trait original de la juridiction administrative, renvoie ainsi à la place singulière du juge administratif dans le procès. Ce rôle et cette place singuliers s'illustrent dans ses pouvoirs d'instruction et dans l'absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives.

a-) Les pouvoirs d'instruction du juge administratif

Le pouvoir d'instruction est omniprésent dans le procès administratif : il constitue la pierre angulaire de l'office du juge administratif, que ce soit pour trancher le litige ou pour assurer, par l'intermédiaire de son pouvoir d'injonction, l'exécution de ses décisions. Les arrêts du Conseil d'Etat *Leveau* et *Epoux Bourezak* du 4 juillet 1997 prévoient ainsi que, pour statuer sur une demande d'injonction, le juge doit vérifier, en utilisant le cas échéant ses pouvoirs d'instruction, si la situation de fait ou de droit

⁷ La place du recours pour excès de pouvoir et plus largement, l'importance du contentieux objectif de la légalité des actes administratifs unilatéraux ne sont certainement pas étrangers à l'intervention active du juge administratif dans le procès

⁸ V. pour une position différente, D. Chabanol, *Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse*. Mélanges Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 149

a changé depuis la date à laquelle la décision administrative illégale a été prise. L'étendue de l'office du juge de l'exécution repose ainsi sur les pouvoirs d'instruction du juge administratif : les motifs de la décision d'annulation d'un acte administratif (en l'espèce, un refus de visa) ne permettent pas toujours de déterminer le contenu de l'injonction qui s'apprécie à la date de la décision rendue par le juge. En effet, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, ces motifs découlent de la situation de fait et de droit qui existait au jour de l'acte administratif annulé. Pour déterminer, au jour où il statue, le contenu de l'injonction, le juge devra donc faire usage de son pouvoir d'instruction afin de déterminer si la situation de fait ou de droit n'a pas évolué⁹. La jurisprudence récente précisant l'office du juge de l'exécution saisi sur le fondement de l'article L. 911-4, alors qu'une injonction a déjà été prononcée et que celle-ci est ambiguë ou obscure, repose, elle-aussi, très largement sur les pouvoirs d'instruction du juge administratif¹¹.

De plus, le juge administratif dispose d'une grande liberté procédurale¹² se manifestant dans les différents aspects de l'organisation du procès : pour l'application du contradictoire; pour la fixation des différentes étapes du procès¹³; pour la clôture de l'instruction¹⁴. De même, le juge administratif apprécie seul la nécessité, afin de statuer en toute connaissance de cause sur le litige, d'adopter des mesures d'instruction¹⁵. La jurisprudence précise en ce sens que le juge administratif dirige seul l'instruction¹⁶, cette règle emportant plusieurs conséquences pour les parties. Le juge administratif « n'est pas tenu de répondre explicitement aux conclusions des [parties] tendant à ce que soient ordonnées les productions susvisées »¹⁷. Il n'est pas tenu de répondre aux conclusions tendant, y compris dans le cadre d'une recours en rectification d'erreur matérielle, à ce qu'il retarde sa décision jusqu'au jugement d'une autre affaire¹⁸. Dans ces conditions, il est très difficile pour les parties de contester un jugement au motif de la violation du

⁹ Rec. p. 278 et p. 282

¹⁰ Dans l'arrêt *Bourezak* (CE, 4 juillet 1997, n°146298) relatif à un refus de visa, le juge administratif avait adressé aux deux parties une mesure d'instruction leur ordonnant de lui faire savoir si la situation du requérant avait été modifiée en fait ou en droit depuis la décision litigieuse lui refusant un visa d'entrée en France.

¹¹ CE, 23 mars 2015, req. n°366813

¹² R. Chapus, *Contentieux administratif*, Paris, Les Cours du droit, 1981, fasc II spéc. p. 397. L'auteur souligne que le juge administratif détient, en matière d'organisation et déroulement de la procédure administrative contentieuse "un pouvoir indépendant". Il précise qu' "une demande présentée par une partie n'est, ni une condition nécessaire, ni une condition suffisante du prononcé d'une mesure d'instruction, quelle qu'elle soit".

¹³ La fixation d'un calendrier d'audience avec une clôture à effet immédiat n'est qu'une simple faculté. Le juge n'est pas obligé de planifier l'instruction. Le juge n'est pas non plus tenu de donner aux parties une date ou une période d'audience. S'il le fait, cela ne tient pas lieu d'avis d'audience.

¹⁴ L'importance des pouvoirs du juge administratif et sa liberté d'appréciation ne sont pas remis en cause par les décrets n°2000-115 du 22 novembre 2000, n°2006-1708 du 23 décembre 2006 et n°2010-164 du 22 février 2010 encadrant davantage la procédure administrative contentieuse. Les mesures prévues visent essentiellement à assurer une plus grande célérité de la justice mais ne renversent par l'équilibre existant entre les différents acteurs du procès administratif c'est-à-dire un juge omniprésent dans le procès, des parties plus en retrait et surtout une administration très contrainte.

¹⁵ L'imprécision du code de justice administrative sur le déroulement et les pouvoirs d'instruction du juge est liée à la règle selon laquelle le juge administratif dirige l'instruction. L'organisation et le déroulement de la procédure administrative contentieuse sont confiés au juge administratif.

¹⁶ CAA Paris, 22 avril 2004, Sté Bouygue, n°99PA01016

¹⁷ CAA Paris, 22 avril 2004, précité

¹⁸ CE, 4 juillet 1962, Plaisnel, n°43564; rec. T 1077; également, CE, 16 fév. 1966, Sieur Echernier, n°64729; rec. 112: l'arrêt précise que le juge "n'est d'ailleurs même pas tenu légalement de répondre" à de telles conclusions.

caractère inquisitoire de la procédure¹⁹ : la conduite de l’instruction leur échappe. Les seules limites à la liberté d’appréciation du juge dans la conduite de l’instruction sont l’interdiction d’ordonner des mesures frustratoires et l’obligation d’en assurer le caractère complet²⁰ et contradictoire.

Les pouvoirs d’instruction du juge sont également très étendus, allant bien au-delà de ce qui est prévu par le code de justice administrative. Le juge administratif peut prescrire toute mesure qui lui paraît nécessaire pour établir sa conviction. Le Conseil d’Etat précise, dans son arrêt *Erden* de 2014, que ses pouvoirs d’instruction ne se limitent pas aux parties à l’instance : il peut également requérir des tiers, et « *en particulier de toute administration compétente*», la communication des documents permettant de vérifier les allégations des parties et d’établir sa conviction²¹. L’office particulier du juge dans le procès administratif se manifeste encore par l’absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives.

b-) Absence de régime de la preuve devant les juridictions administratives

Il n’existe pas, comme dans la procédure civile, de système de la preuve devant le juge administratif²². D’ailleurs, la jurisprudence administrative ne parle pas de preuves mais d’éléments du dossier ou d’allégations des parties. Le Conseil d’Etat a réaffirmé dans son arrêt *Ganem* de 2014, le principe de la liberté de la preuve devant le juge administratif²³. Il n’a pas suivi les conclusions du rapporteur public proposant de reconnaître l’existence d’un principe de loyauté de la preuve adapté au procès administratif²⁴. De plus, il n’existe pas vraiment de charge de la preuve dans le contentieux administratif, particulièrement lorsqu’il s’agit d’un contentieux objectif. Le demandeur n’a pas l’obligation d’apporter la preuve de ses allégations. Il doit seulement fournir au juge des éléments sérieux permettant de justifier ses prétentions. Cette condition remplie, il appartient au juge administratif de se forger sa propre conviction²⁵. La jurisprudence impose ainsi au juge d’intervenir dans la recherche de la

¹⁹ De surcroît, la jurisprudence considère que la liberté d’appréciation du juge dans l’instruction du procès ne constitue pas une violation des stipulations de l’art 6 de la CEDH. Dans l’arrêt du 22 avril 2004, Sté Bouygue, n°99PA01016, la Cour administrative d’appel de Paris précise qu’*“en n’accédant pas à la demande des sociétés précitées, le tribunal administratif de Paris n’a méconnu ni le caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse ni les stipulations de l’article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”*

²⁰ Le juge *“n’a pas complètement rempli la mission juridictionnelle qui est la sienne”* lorsqu’il rejette un recours indemnitaire au seul motif que le demandeur n’était pas en mesure d’établir l’importance du préjudice indemnisable et donc de justifier les sommes réclamées. Le Conseil rappelle qu’il incombe au juge, dans une telle hypothèse, *“de faire usage de ses pouvoirs d’instruction pour que soit précisée l’étendue du préjudice”* (CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Min. de l’emploi et de la santé, n°330867)

²¹ CE, sect., 1^{er} oct. 2014, *Erden*, n°349560

²² AJDA 2014 spéc. pp. 88-89: dans un commentaire de l’arrêt *Barel*, à l’occasion des 60 ans de chroniques de jurisprudences du Conseil d’Etat, JH Stahl écrit que *“la démarche du juge qui consiste à utiliser ses pouvoirs d’instruction, par ailleurs très étendus, pour contraindre l’administration à lui fournir les éléments nécessaires pour qu’il puisse établir sa conviction “est simple, elle adaptée au procès administratif où les parties sont loin d’être en situation spontanée d’égalité, elle vaut mieux qu’une théorie subtile et abstraite de la charge de la preuve qui ne va pas sans lot de raffinements et de complications”*.

²³ CE, Sect., 16 juil. 2014, *Ganem*, n°352501: L’autorité administrative (ici disciplinaire) *“à laquelle il incombe d’établir les faits sur le fondement desquels elle a pris la décision litigieuse (en l’espèce, une sanction) peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tous moyens”*.

²⁴ Les implications du principe de loyauté variant *“suivant la nécessité de concilier les intérêts publics dont l’administration à la charge avec les exigences de légalité et de loyauté de la preuve”*. Concl V. Daumas, RFDA 2014 spéc. p.931

²⁵ B. Pacteau, Manuel de contentieux administratif, Paris, PUF, 2014, spéc. n°183

preuve²⁶. Le cas échéant, il lui incombe « *de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d’instruction des requêtes* » en ordonnant à l’administration la production de documents permettant la vérification des allégations du requérant²⁷. Le juge devra également veiller au respect du principe de la contradiction, mis en œuvre de manière très rigoureuse devant les juridictions administratives²⁸. Il existe en effet un lien étroit entre l’absence de charge de la preuve pour le demandeur et la mise en œuvre de ce principe qui est conçu comme devant permettre au juge d’établir sa propre conviction. La preuve repose donc, de manière importante dans le procès administratif, sur les pouvoirs d’instruction du juge²⁹, très étendu en ce domaine. Ceux-ci ne se limitent pas aux hypothèses d’obstruction ou de mauvaise volonté de l’administration lorsqu’elle refuse de transmettre les éléments de faits et de droit fondant la décision litigieuse. Ils ne se limitent pas non plus à l’hypothèse où le demandeur a réuni des présomptions sérieuses établissant le bien fondé de ses allégations³⁰. Le juge administratif utilise également son pouvoir d’instruction pour compléter les allégations du requérant, lui permettant ainsi d’établir une preuve qui parfois n’existerait pas sans la mise en œuvre de ce pouvoir. Enfin, lorsque le juge aménage, pour certains contentieux, un régime spécifique de la preuve, celui-ci repose en grande partie sur ses pouvoirs inquisitoriaux. Le régime de la preuve du harcèlement moral dans le contentieux de la responsabilité administrative confère au juge administratif d’importants pouvoirs de direction. L’agent public qui soutient avoir été victime d’agissements constitutifs de harcèlement moral ne doit soumettre au juge que « *des éléments de fait susceptibles de faire présumer l’existence d’un tel harcèlement* »³¹: la jurisprudence n’exige pas que le demandeur établisse une présomption. Ensuite le passage de la présomption à la qualification de harcèlement moral dépend exclusivement de l’office du juge : « *la conviction du juge, à qui il revient d’apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu’il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d’instruction utile* ». L’issue de ce litige dépend donc de l’office du juge dans l’instruction de la procédure : il peut notamment ordonner toutes mesures pour apprécier le comportement du supérieur hiérarchique, auteur des faits reprochés et celui du requérant qui se prétend victime de harcèlement.

²⁶ CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108: le Conseil a jugé que le juge de l’excès de pouvoir “*ne saurait exiger de l’auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu’il avance; que, le cas échéant, 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*”. Saisi d’un recours contre le refus de l’administration de réintégrer un fonctionnaire dans un autre département, au motif de l’absence vacant de postes dans ce département, le juge non seulement ne pouvait exiger du demandeur qu’il apporte la preuve de postes vacants dans ce département mais, plus encore, il lui appartenait de faire usage de ses pouvoirs d’instruction pour ordonner à l’administration de lui adresser les documents permettant de vérifier l’absence de postes vacants correspondant aux qualifications de la requérante à la date du refus litigieux. Également, CE, 27 oct. 2013, Vidon, n°346569

²⁷ CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108

²⁸ V. par exemple CE, sect., 1^{er} oct. 2014, Erden, n°349560

²⁹ CE, 5 mars 1999, Valeri, rec. 52: “*il appartient au juge de l’impôt de déterminer en fonction de l’objet du redressement et du déroulement de la procédure d’imposition le régime de dévolution de la charge de la preuve applicable au litige qui lui est soumis*”; également CE, Ass., 20 oct. 2009, Dame Perreux, n°298348

³⁰ CE, Ass, 30 janv. 1959, Sieur Grange, rec. 85, concl. Chardeau; CE, 21 déc. 1960, Vicat blanc c/ Premier Ministre, n°49781; rec T 890.

³¹ CE, 11 juill. 2011, Mme Montant, n°321225. A l’inverse, il “*incombe à l’administration de produire une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement*”

La place singulière du juge administratif dans le procès administratif rend difficile voire exclut la formalisation d'un principe juridique de loyauté de la procédure administrative contentieuse. En outre, l'exigence de loyauté n'est pas absente du procès administratif. Elle s'y manifeste même d'une manière accrue. Mais elle n'est pas autonome : elle se fonde dans l'office du juge, elle est en quelque sorte soluble dans cet office.

2.2 Diversification des manifestations de l'exigence de loyauté dans le procès administratif

Pour identifier les manifestations anciennes et nouvelles de l'exigence de loyauté dans la procédure administrative contentieuse, il faut au préalable la distinguer du principe de la contradiction³². Leurs champs d'application sont distincts. Alors que le principe de la contradiction ne régit que les rapports entre les parties³³, l'exigence de loyauté est plus large et concerne également les rapports du juge avec les parties. De plus, certaines données du débat contentieux demeurent soustraites au principe de la contradiction : le rapport du magistrat instructeur; les mémoires³⁴ et les pièces³⁵ non communiqués par le juge³⁶; les notes de révision des présidents de chambre; les conclusions du rapporteur³⁷; l'usage que le juge fait de ses pouvoirs inquisitoriaux pour la communication des mémoires autres que la requête ainsi que le premier mémoire en défense dont la communication est imposée par l'article R. 611-1 du CJA³⁸, les moyens soulevés d'office par le juge, en raison de son office, autres que les moyens d'ordre public. L'exigence de loyauté se manifeste de manière particulièrement évidente dans ces différentes étapes de la procédure soustraites au principe de la contradiction. Elle va également bien au-delà : l'exigence de loyauté ne constitue pas seulement un prolongement du principe de la contradiction appliqué aux rapports entre le juge et les parties.

³² CE, Sect., 23 déc. 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, rec. 464: "le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance"

³³ Le principe de la contradiction s'impose cependant au juge qui ne peut régulièrement statuer au vu d'une pièce dont l'une des parties n'aurait pas eu connaissance et qu'elle n'aurait dès lors pas pu discuter: CE, Ass, 13 déc. 1968, Assoc. des propriétaires de Champigny-sur-Marne, rec. 646

³⁴ Une partie ne peut utilement invoquer le défaut de communication de pièces par le juge lorsque que celui-ci n'a pas affecté le caractère contradictoire de l'instruction (CE, 15 mars 2000, Drannikova, rec. T 1184; n°185837). La jurisprudence considère par ailleurs que le juge n'est jamais tenu de communiquer les nouveaux mémoires n'apportant aucun élément nouveau pour la solution, notamment parce qu'ils "ne contiennent ni conclusions, ni moyens nouveaux" (CE, Sect., 24 fév. 1967 Gonthier, rec. 92)

³⁵ CE, Sect. 15 juil. 1959, Sté d'approvisionnement de matériaux de production et d'exploitation de carrières, rec. 475: la juridiction administrative, "en l'absence de prescriptions législatives ou réglementaires l'y obligeant, n'est pas tenue, sauf en cas de demande formelle de la partie, d'aviser un requérant des diverses productions effectuées [par la partie adverse] en réponse à son recours et de l'inviter à prendre communication de l'ensemble du dossier". Ainsi, le juge administratif n'est tenu de communiquer que sur demande expresse d'une partie. De plus, cette demande ne l'oblige pas à assurer lui-même la communication des pièces mais seulement à aviser le requérant d'en prendre connaissance.

³⁶ Le refus du juge de communiquer un document (qu'il doit cependant viser et dont la partie connaît l'existence via SAGACE ou parce que le mémoire a été enregistré) permet de ne pas relancer inutilement le débat contentieux. Toutefois, ce refus empêche une partie de vérifier l'existence éventuelle d'un nouveau moyen ou de prendre connaissance de nouvelles analyses étayant un moyen déjà développé.

³⁷ L'exercice de la fonction de commissaire de gouvernement puis de rapporteur public échappe au principe de la contradiction (CE, 29 juil. 1998, Mme Esclatine, n°179635)

³⁸ Les écritures ne contenant aucun élément nouveau sur lequel le juge aurait fondé sa solution ne relèvent pas du champ du principe de la contradiction: CE, 29 juil. 1998, Syndicat des avocats de France, rec. 313; CE, 6 nov. 2013, Mme Kadi, n°351194

L'exigence de loyauté commande la mise en œuvre des caractères généraux de la procédure, notamment ses caractères inquisitoire et contradictoire. A ce titre, elle se manifeste à tous les stades du procès administratif, et notamment dès l'introduction de la requête. Elle influence également le déroulement de l'instruction. Enfin, lorsque l'affaire est en état d'être jugée, l'exigence de loyauté se manifeste encore dans la phase terminale de l'instruction comprenant la clôture, la convocation des parties à l'audience et la préparation du délibéré.

a-) l'exigence de loyauté se manifeste dès l'introduction de la requête.

L'exigence de loyauté se manifeste dès l'analyse de la recevabilité de la requête, le juge veillant à ce que le requérant ne se trouve pas pris au piège par une règle de procédure dont l'application entraîne le rejet de sa requête. Le juge administratif dispose en ce sens d'importants pouvoirs de régularisation³⁹. Il ne peut pas rejeter une requête entachée de défaut de ministère d'avocat, sans demande de régularisation préalable. Il doit non seulement en avertir le requérant dans la notification de la décision attaquée mais également veiller à ce que cette notification soit rédigée « *en des termes dépourvus d'ambiguïté* », indiquant que l'obligation du ministère d'avocat s'imposait à lui en l'espèce. Le Conseil d'Etat considère en effet que le juge manque à son obligation de régularisation prévue par les dispositions de l'article R. 811-7 du CJA lorsqu'il se borne « *à reproduire ou à résumer [ces dispositions] (...) sans indiquer si le requérant est effectivement tenu de recourir à un avocat* » pour exercer son recours⁴⁰. Revenant sur sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat considère également que le renoncement du requérant à produire un mémoire complémentaire qu'il avait annoncé n'entraîne pas le désistement d'office si la renonciation est intervenue dans le délai de quatre mois impartis pour produire ce mémoire⁴¹. De même, le Conseil d'Etat est revenu sur sa jurisprudence antérieure soumettant la recevabilité de toute demande relative au versement d'intérêts moratoires, même lorsque celle-ci est présentée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre le refus de l'administration de payer ces intérêts, à la présence du ministère d'avocat. Saisi de conclusions portant sur le versement d'intérêts moratoires présentées sans ministère d'avocat, le juge invitait le requérant à régulariser sa requête. Le requérant, afin de ne pas payer un avocat, abandonnait alors ses conclusions tendant à ce que l'Etat lui verse des intérêts moratoires et se bornait à demander l'annulation du refus de le lui payer. Le juge considérait alors que le requérant se fondait sur une cause juridique nouvelle en transformant sa requête indemnitaire en recours pour excès de pouvoir, ce qu'il n'était plus recevable à faire une fois le délai de recours contentieux expiré. Dans son arrêt *Marcou* du 9 décembre 2011⁴², le Conseil d'Etat a jugé que les conclusions d'annulation dirigées contre une décision pécuniaire et les conclusions tendant au versement par l'administration d'une somme d'argent sont distinctes et ne présentent pas, dans leur ensemble, le caractère d'une demande de plein contentieux. Pour éviter le rejet de la requête, le Conseil d'Etat considère désormais que lorsque le re-

³⁹ E. Langelier et A Virost-Landais, Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés, JCP A 2015 n°2245

⁴⁰ CE, 29 déc. 2006, Melle A, n°281206

⁴¹ CE, 26 juil. 1996, Sté entrepositaire parisienne, rec. 312. V. jurisprudence antérieure CE, 17 mai 1985, Sté Anastasia Diffusion, rec. 152

⁴² Req. n°337255. Les conclusions du rapporteur publics commencent par inviter le juge à une remise en question lorsque l'application des principes juridiques conduit à prendre des décisions "manifestement déraisonnables et même (...) manifestement inéquitables pour les requérants".

quérant s'est, sur invitation de la juridiction, désisté de ses conclusions pécuniaires, ce désistement n'a aucune incidence sur le maintien et la recevabilité de ses conclusions à fin d'annulation. Plus encore, le Conseil d'Etat a interprété de manière très constructive le mémoire en désistement : alors qu'il portait sur l'ensemble des conclusions pécuniaires (nécessitant le ministère d'un avocat), le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne concernait pas les conclusions d'injonction tendant à ordonner à l'Etat le versement d'une somme d'argent et des intérêts moratoires qui l'accompagnent⁴³.

b-). L'exigence de loyauté dans le déroulement de l'instruction :

L'exigence de loyauté impose au juge le respect d'une certaine ligne de conduite dans le déroulement de la procédure d'instruction. Les choix de procédure qu'il peut être amené à faire doivent être cohérents et prévisibles. Lorsque par exemple le juge des référés mesures utiles entame une procédure contradictoire afin que les parties présentent leurs observations avant le prononcé de son ordonnance, il devra s'en tenir à ce choix et ne pourra plus rejeter la requête en utilisant la procédure dite de tri prévue par l'article L. 522-3 du CJA⁴⁴. De même, l'exigence de loyauté impose au juge, dans l'exercice de son office, une obligation d'information préalable des parties indépendamment de l'existence d'un moyen d'ordre public soumis aux dispositions de l'article R. 611-7 du CJA. Cette obligation s'impose lorsque le juge de l'excès de pouvoir procède d'office à une substitution de base légale⁴⁵ ou bien lorsqu'il met en oeuvre son pouvoir de modulation dans le temps des effets de sa décisions⁴⁶. Le juge doit également en informer préalablement les parties lorsque, après avoir constaté l'existence d'une compétence liée de l'Administration, il envisage de rejeter comme inopérants des moyens invoqués⁴⁷ ou bien encore lorsqu'il applique une jurisprudence nouvelle intervenue après la clôture de l'instruction et privant d'intérêt l'argumentation développée par les parties⁴⁸. L'obligation d'information préalable illustre la volonté de ne pas surprendre les parties par une solution qu'elles n'auraient pu anticiper : le juge garantit ainsi aux parties d'avoir pleinement connaissance de l'ensemble des éléments qui sous-tendent la solution donnée au litige. L'exigence de loyauté s'impose aussi au juge dans l'exercice de ses pouvoirs d'instruction : elle constitue le corollaire de l'étendue de ces pouvoirs. L'exigence de loyauté fonde l'interdiction au juge d'ordonner des mesures d'instruction frustratoires. En vertu de cette règle, le juge ne peut faire usage de son pouvoir d'instruction pour faire obstacle à l'examen d'une fin de non recevoir qui, si elle s'avère fondée, conduirait au rejet de

⁴³ Le Conseil d'Etat conclut en l'espèce "au désistement relatif de telles conclusions"

⁴⁴ CE, 27 mai 2015 n°386195: Le juge des référés d'urgence peut ainsi pour exercer ses pouvoirs soit mettre en oeuvre la procédure contradictoire prévue par l'article L. 522-1 soit mettre en oeuvre, à certaines conditions, une procédure de tri. Le Conseil d'Etat a indiqué qu'il s'agissait de "deux procédures distinctes" que le juge ne pouvait utiliser successivement. Lorsqu'il a mis en oeuvre la procédure contradictoire, il doit poursuivre l'instruction contradictoire et ne peut décider, après lecture du mémoire en défense, de recourir à la procédure de tri. L'exigence de loyauté implique en ce sens "une clarté dans les choix de procédure"

⁴⁵ CE, Sect., 3 déc. 2003, El Bahí. Le juge administratif est en revanche délié de cette obligation lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties.

⁴⁶ CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC!, rec. 197

⁴⁷ CE, 17 fév. 2012, Société Chiesi SA, n°332509

⁴⁸ CE, Sect., 19 avril 2013, CCI D'Angoulême, n°340093: L'arrêt précise que les parties avaient exclusivement débattu, compte tenu des règles applicables avant la décision du Conseil d'Etat, statuant au contentieux du 28 décembre 2009, sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle et sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle, alors que cette décision conduit le juge à se placer sur le terrain contractuel pour trancher le présent litige. Il convient de souligner que l'arrêt fonde la solution sur "les exigences de la procédure contradictoire", contribuant ainsi à la conception extensive du principe de la contradiction dans la procédure administrative contentieuse.

la requête. Le Conseil d'Etat a ainsi annulé un jugement ordonnant, dans un contentieux indemnitaire, une mesure d'expertise visant à établir la nature et l'origine des désordres ainsi que leur coût de réparation alors que les parties faisaient valoir en défense, qu'au moment où la requête avait été introduite, le délai de responsabilité décennale était expiré⁴⁹. De même, le juge ne peut ordonner un supplément d'instruction qui aurait pour effet, lorsque la charge de la preuve pèse sur l'une des parties, de renverser cette charge de la preuve⁵⁰. La jurisprudence impose également au juge, lorsqu'il a fait usage de ses pouvoirs d'instruction pour obtenir, notamment auprès de tiers, la communication de nouveaux documents, d'indiquer aux parties les modalités de concrétisation de sa mesure d'instruction. Une partie est fondée à se prévaloir de l'irrégularité de la procédure et à demander l'annulation de la décision rendue lorsque le juge administratif s'est borné à informer les parties, par un courrier assorti d'aucune pièce, « de ce qu'elle estimait être le résultat de la mesure d'instruction ordonnée, sans préciser, de façon suffisamment précise, l'ensemble des opérations effectuées et recueillies dans le cadre de cette mesure »⁵¹. Le Conseil d'Etat impose ainsi au juge de faire connaître aux parties la manière dont la mesure d'instruction ordonnée s'est réalisée afin que ces dernières soient pleinement en mesure d'apprécier la manière dont le juge va forger sa conviction. Une telle obligation va au delà du principe de la contradiction⁵².

c-) L'exigence de loyauté dans la phase terminale de l'instruction. L'exigence de loyauté a conduit à une évolution du régime des productions tardives intervenues après la clôture de l'instruction. Il n'existe pas devant les juridictions administratives d'obligation de clore l'instruction. Devant le Conseil d'Etat, l'ordonnance de clôture intervient, sans ordonnance particulière, au moment de l'audience publique⁵³. Devant les juridictions administratives du fond, l'adoption d'une ordonnance de clôture, qui n'est pas obligatoire, relève des pouvoirs d'instruction du juge⁵⁴. En principe, les mémoires produits après la clôture de l'instruction ne sont ni communiqués ni examinés par la juridiction⁵⁵. Afin de ne pas faire peser sur les parties les inconvénients du pouvoir inquisitorial du juge et de permettre aux parties comme au juge de se fonder sur un nouvel élément susceptible d'affecter la solution du litige, quand bien même il aurait été produit après la clôture de l'instruction, la jurisprudence a amendé les dispositions du CJA sur le régime des productions « tardives ». Après avoir déduit des articles R. 613-3 et R. 613-4 du CJA l'obligation pour le juge administratif de prendre connaissance et de viser dans sa décision de tels mémoires, la jurisprudence a également consacré une obligation de les prendre en compte dans trois hypothèses : lorsque le mémoire contient une nouvelle circonstance de fait que la partie n'était pas en mesure d'invoquer avant la clôture de l'instruction et que le juge ne peut ignorer sans se fonder sur des faits matériellement inexacts; lorsque le mémoire fait valoir une cir-

⁴⁹ CE, 7 mars 1969, Sieurs Faure et Grosperrière, rec. 145. Le juge ne peut s'abstenir de statuer sur une fin de non recevoir et ordonner une mesure d'instruction que s'il rejette, pour un autre motif, les conclusions dont il est saisi (CE, 30 janv. 1970, Dame Veuve Herbe, rec. 73)

⁵⁰ CE, 30 juil. 2003, Min. de l'économie, des finances et de l'industrie, n°234452

⁵¹ CE, 1^{er} oct. 2014, Erden, n°349560

⁵² En l'espèce, les parties avaient d'ailleurs été informées de la mesure d'instruction ordonnée par le juge

⁵³ Article R. 613-5 du CJA

⁵⁴ Article R. 613-1 CJA et article R. 613-2. En vertu de l'article R. 613-4 du CJA, le président de la formation de jugement a la faculté de rouvrir l'instruction.

⁵⁵ Article R. 613-3 du CJA.

constance de droit nouvelle ou un moyen d'ordre public⁵⁶. Cette jurisprudence est directement inspirée de l'exigence de loyauté impliquant que les parties aient connaissance des éléments nouveaux pouvant conduire le juge à réviser sa position⁵⁷. La réouverture de l'instruction éclaire en effet les parties sur la manière dont un nouvel élément, produit tardivement, sera pris en compte et pourra peser sur la décision finale du juge⁵⁸. De même, le juge administratif a l'obligation, en cas de production par les parties d'une note en délibéré, de rouvrir l'instruction lorsque cette note contient une circonstance de droit nouvelle ou une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque ne pouvait faire état avant la clôture de l'instruction⁵⁹. L'exigence de loyauté se manifeste encore dans l'obligation de transmission du sens des conclusions du rapporteur public⁶⁰. La jurisprudence a élargi la portée, à l'origine très restrictive⁶¹, de l'obligation de communication en précisant son contenu et son champ d'application. Après avoir indiqué que cette obligation, imposée à peine d'irrégularité de la décision rendue, devait être appliquée de telle manière que le justiciable soit en mesure d'apprécier, avant l'audience, l'opportunité de compléter son argumentation en mettant en œuvre les divers instruments prévus par le code⁶², le Conseil d'Etat précise que *les parties ou leurs mandataires doivent être mis en mesure de connaître, dans un délai raisonnable avant l'audience, l'ensemble des éléments du dispositif de la décision que le rapporteur public compte proposer à la formation de jugement d'adopter* », à l'exception de la réponse aux conclusions accessoires⁶³. La jurisprudence confère à cette obligation un contenu extensif en distinguant toutefois les informations dont la communication est prescrite à peine d'irrégularité du jugement et celles que le rapporteur est seulement invité à transmettre « *en fonction de l'appréciation qu'il porte sur les caractéristiques de chaque dossier* »⁶⁴. Le Conseil d'Etat étend également le champ d'application de l'obligation de transmission en appliquant les dispositions de l'article R 711-3 du CJA aux conclusions

⁵⁶ CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila, n°252988

⁵⁷ La réouverture de l'instruction entraîne en effet la reprise du débat contradictoire ainsi que la reprise du circuit normal de la procédure c'est-à-dire une reprise de l'instruction au fond, suivie, le cas échéant d'une clôture de celle-ci puis d'une inscription de l'affaire au rôle, d'une nouvelle audience et du délibéré

⁵⁸ CE, 22 mai 2013, Clabaut; V. aussi CE, 23 juin 2014, Sté Deny All, n°352504: lorsque, à la suite de la réouverture de l'instruction par la communication d'un nouveau mémoire, *"le délai qui reste à courir jusqu'à la date de l'audience ne permet pas l'intervention de la clôture automatique trois jours francs avant l'audience prévue par l'article R. 613-2 du CJA (...) il appartient au juge administratif, qui par ailleurs, peut toujours, s'il l'estime nécessaire, fixer une nouvelle date d'audience, de clore l'instruction ainsi rouverte"*. A défaut, l'arrêt sera rendu au terme d'une procédure irrégulière et encourt l'annulation.

⁵⁹ CE, 12 juil. 2002, M. et Mme Leniau, rec. 278 et CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées Orientales C/ Abounkhila, rec. 94

⁶⁰ Articles R. 711-3 et R. 712-1 du CJA; Les parties sont fondées à demander l'annulation de la décision juridictionnelle rendue lorsqu'elles ont été placées dans l'impossibilité de prendre connaissance du sens de ces conclusions (CE, 2 fév. 2011, Centre hospitalier Jean-Marcel, n°330641) ou lorsque le sens des conclusions prononcées à l'audience diffère de celui qui a été préalablement communiqué aux parties (CE, 5 mai 2006, Sté Murlerhof, n°259957)

⁶¹ Le décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public ne comporte aucune indication sur le contenu du sens des conclusions ce qui accroît le caractère restrictif de l'obligation, celle-ci ne visant que la solution finale proposée par le rapporteur à l'exclusion des moyens et même des motifs retenus pour aboutir à celle-ci et, seulement lorsque les parties en font la demande.

⁶² Le justiciable peut assister à l'audience; présenter des observations orales et produire une note en délibéré. De plus, le Conseil d'Etat se montre peu exigeant et peu formaliste concernant l'exigence d'une demande des parties de transmission des conclusions V. en ce sens CE, 18 déc. 2009, Sté Sogedame, n°305568

⁶³ CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427

⁶⁴ CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427, spéc. cons. 7: le Conseil d'Etat donne un véritable mode d'emploi sur les informations supplémentaires que les rapporteurs publics sont invités à fournir au titre de l'obligation de transmission du sens de conclusions.

d'injonction, lesquelles « *ne revêtent pas un caractère accessoire* » pour l'application « *de ces dispositions* »⁶⁵.

Alors que l'office du juge administratif exclut la consécration d'un principe juridique de loyauté, la jurisprudence multiplie les garanties du respect de cette exigence dans le procès administratif. Le paradoxe n'est qu'apparent. D'une part, l'exigence de loyauté demeure soluble dans l'office du juge. D'autre part, l'exigence de loyauté remplit des fonctions propres qui illustrent aussi la spécificité irréductible du procès administratif.

3 Les fonctions de l'exigence de loyauté dans le procès administratif

L'intensification de l'exigence de loyauté dans le procès administratif s'explique au regard des fonctions que le juge souhaite lui attribuer. Ses fonctions sont doubles. L'exigence de loyauté dans le procès remplit une fonction évidente : la promotion d'une procédure plus équilibrée. Il s'agit d'assurer une plus grande participation des parties au procès et une plus grande transparence de celui-ci. Elle remplit une autre fonction moins visible mais sous-jacente : l'exigence de loyauté permet, à rebours, de légitimer l'étendue de l'office du juge administratif.

3.1 Equilibrer les rapports entre le juge et les parties

Le caractère inquisitorial de la procédure administrative contentieuse et plus largement l'autonomie du juge administratif dans l'organisation et le déroulement de la procédure donne l'image d'un procès déséquilibré. Les parties ont ainsi le sentiment que le procès administratif leur échappe. C'est pour corriger cette image que la jurisprudence impose au juge de nouvelles obligations à l'égard des parties. La jurisprudence⁶⁶ puis les textes⁶⁷ ont ainsi imposé au juge de prendre connaissance et de viser les notes en délibéré produites après l'audience. De même, le juge administratif ne peut plus ignorer les mémoires produits postérieurement à la clôture de l'instruction que celle-ci résulte de l'audiencement de l'affaire ou de l'adoption par le juge d'une ordonnance de clôture. La clôture de l'instruction fige en effet le litige, interdisant aux parties de produire de nouveaux mémoires et de modifier ainsi le périmètre du litige. Mais la jurisprudence a considéré qu'il incombe au juge de prendre connaissance des mémoires tardifs et de les viser afin, le cas échéant, d'exercer sa faculté de rouvrir l'instruction. Dans certaines conditions, le juge doit également prendre en compte ces mémoires et rouvrir l'instruction après avoir vérifié que la production tardive ne constitue pas une attitude dilatoire ou la manifestation d'une simple négligence des parties. Le pouvoir du juge de procéder ou non à la réouverture de

⁶⁵ CE, 20 oct. 2014, Commune de Rueil-Malmaison, n°371493

⁶⁶ CE, 12 juillet 2002, M. et Mme Leniau, n°236125; rec. 278: il s'agissait en l'espèce d'une note en délibéré produite après l'audience; CE, 21 nov. 2003, Mme Biord Genest, n°244820; rec. 936

⁶⁷ Articles R. 731-5 et R. 741-2 du CJA issus du décret n°2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du CJA

l'instruction est ainsi de plus en plus encadré⁶⁸, sa liberté d'appréciation pour diriger l'instruction étant réduite d'autant. Ces jurisprudences confortent la place et le rôle des parties dans le déroulement du procès administratif. Elles garantissent aux parties qu'aucune décision du juge ne leur sera imposée sans qu'elles aient été complètement informées à la fois sur les données du litige⁶⁹ et sur les arguments qui sous-tendent l'analyse du juge et qu'elles doivent avoir eu l'occasion de discuter⁷⁰. L'extension de l'obligation d'information préalable des parties, indépendamment des hypothèses visées par l'article R. 611-7 du CJA concernant les moyens d'ordre public soulevés par le juge, participe de la même logique : la volonté d'offrir aux parties un procès « sans piège et sans surprise ». Les réponses apportées par le juge, dans le cadre de son office, ne constituent pas des moyens d'ordre public soumis à l'information préalable des parties prévues par l'article R. 611-7 du CJA⁷¹. Il incombe ainsi au juge, dans le cadre de son office, de vérifier que les conditions d'application d'un texte invoqué par le requérant sont remplies, alors même que ce moyen n'est pas soulevé en défense. Sans soulever de moyen d'ordre public ni en informer préalablement les parties, le juge vérifie que le requérant qui invoque le bénéficie des stipulations de la CEDH remplit les conditions prévues par ces dispositions⁷² ou bien encore lorsqu'il est saisi de conclusions mettant en jeu la responsabilité administrative qu'aucune des conditions d'engagement de cette responsabilité ne fait défaut⁷³. La jurisprudence distingue traditionnellement ce qui relève des moyens d'ordre public et ce qui relève de « l'office du juge », s'employant ainsi à préserver l'autonomie dont jouit le juge dans le cadre de son office. Jusqu'à récemment, cet îlot d'autonomie du juge administratif semblait farouchement défendu : la jurisprudence se montrait réticente pour reconnaître l'existence de nouveaux moyens d'ordre public, tout en réaffirmant l'absence d'information préalable des parties indépendamment de l'existence d'un tel moyen. Cette autonomie se trouve désormais écornée lorsque l'intervention du juge modifie le terrain juridique sur lequel les parties ont fondé le litige. Le Conseil d'Etat considère en effet que lorsque le juge applique une jurisprudence nouvelle non débattue par les parties, il ne peut le faire alors même qu'il se borne «

à exercer son office en situant le litige sur le terrain juridiquement approprié

», qu'après « avoir mis celles-ci à même de présenter leurs observations sur ce point

⁶⁸ V. notamment CE, 22 mai 2013, Clabaut, n°350551: Une jurisprudence du conseil d'Etat constitue une circonstance de droit nouvelle que le juge doit prendre en compte lorsque celle-ci a été soulevée après la clôture de l'instruction. Le juge devait donc en l'espèce rouvrir l'instruction

⁶⁹ Cette question se pose principalement dans les recours de pleine juridiction dès lors que le juge administratif doit statuer en fonction des circonstances de droit et de fait présentes le jour de sa décision. Si ces circonstances ont évolué depuis l'audience, le juge devra radier l'affaire au rôle et rouvrir l'instruction: CE, sect, 19 nov. 1993, Melle Brutus, rec. 321. Pour le contentieux de l'excès de pouvoir, les conditions imposant au juge la réouverture de l'instruction sont fixées par l'arrêt Leniau précité.

⁷⁰ V. en ce sens, CE, 13 juil. 2012, Mme B., n°352115

⁷¹ CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587: la vérification par le juge de l'applicabilité d'une doctrine fiscale ne constitue pas un MOP préalablement communiqué aux parties. Le juge doit vérifier si cette doctrine est bien applicable alors même que l'administration ne soulève pas ce moyen en défense. CE, 17 février 2013, Sté Chiesi SA, n°332509: *il appartient au juge administratif d'écarter, le cas échéant de lui-même, un moyen tiré d'un vice de procédure qui, au regard [du principe fixé par la jurisprudence Danthony] ne lui paraît de nature à entacher d'illégalité la décision contestée; qu'en statuant ainsi le juge ne relève pas d'office un moyen qu'il serait tenu de communiquer préalablement aux parties"*

⁷² CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014

⁷³ CE, 30 nov. 2005, Sieur Guitard, n°269546; rec. T. 1059: en l'espèce l'absence de préjudice.

»⁷⁴. La possibilité pour le juge de s'émanciper du cadre juridique tracé par les parties n'est pas remise en cause par la jurisprudence *CCI d'Angoulême*. Elle est au contraire sanctuarisée dès lors qu'il s'agit pour le juge d'apporter la réponse que commande le droit. L'autonomie du juge comporte toutefois une limite : il ne peut pas construire une solution étrangère à l'argumentation des parties.

La jurisprudence illustre ainsi un renforcement des obligations pesant sur le juge en matière d'information des parties. L'exigence de loyauté implique que toute intervention du juge, au titre des ses pouvoirs d'instruction ou indépendant de ces derniers, doit faire l'objet d'une information préalable des parties permettant de recueillir leurs observations dès lors qu'elle est susceptible d'affecter l'issue du litige. La recherche d'un plus grand équilibre dans les rapports entre le juge et les parties constitue ainsi un changement de paradigme. Le renforcement de l'exigence de loyauté dans le procès administratif atténue l'image du juge administratif, juge administrateur. Les nouvelles obligations procédurales imposées au juge, dans le but de promouvoir l'image de rapports plus équilibrés et plus sereins avec les parties, permettent aussi, en retour, de légitimer l'étendue de son office. Il n'est d'ailleurs pas anodin que l'intensification de l'exigence de loyauté coïncide avec la conquête par le juge de nouveaux champs et de nouveaux pouvoirs (notamment son immixtion dans l'exécution de ses décisions et, au delà, dans les suites qu'il entend donner à ses décisions).

3.2 Légitimer l'office étendu du juge administratif

Si « la vieille réticence du juge administratif à se comporter en administrateur s'estompe »⁷⁵, elle implique en contrepartie de nouvelles obligations procédurales imposant au juge de s'expliquer davantage et de légitimer sa fonction de juge administrateur.

L'arrêt *El Bahi* impose ainsi au juge de solliciter les observations des parties lorsqu'il décide, de sa propre initiative, de procéder à une substitution de base légale⁷⁶. En effet, l'intervention du juge administratif d'une part, rend inopérants les moyens invoqués par le requérant à l'appui de son recours contre la décision administrative et d'autre part, rend légale la décision attaquée. De même, la jurisprudence *AC*

! confère au juge le pouvoir de différer dans le temps les effets de l'annulation mais seulement *après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui*. L'arrêt *CCI d'Angoulême* impose également au juge, lorsqu'il fait application d'une jurisprudence nouvelle du

⁷⁴ CE, 19 avril 2013, *CCI d'Angoulême*, n°340093. En l'espèce, l'application de la jurisprudence nouvelle, "*Beziers I*", s'avérait favorable à l'Etat et aux finances publiques, la Cour ayant jugé que "*l'Etat et la chambre de commerce et d'industrie étaient liés par une concession d'outillage public portant sur l'exploitation et l'entretien de l'aérodrome et que le vice tenant à l'incompétence du préfet pour accorder une telle concession, laquelle aurait dû résulter d'un arrêté pris par les ministres chargés de l'économie et de l'aviation marchande, n'était pas, dès lors qu'il résultait du dossier soumis à l'examen des juges du fond que les ministres concernés avaient approuvé l'opération, d'une gravité telle que le juge dût écarter le contrat*".

⁷⁵ D. Truchet, Office du juge et Distinction des contentieux: renoncer aux branches, *RFDA* 2015 p. 657, spéc. p. 658

⁷⁶ CE, Sect., 3 déc. 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, n°240367; rec. 479 concl. Stahl. En revanche, lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties, notamment en appel, le juge est délié de son obligation d'en informer les parties.

Conseil d'Etat le conduisant à « régler l'affaire sur un terrain dont les parties n'avaient pas débattu »⁷⁷, d'inviter les parties à « présenter leurs observations sur ce point

». Dans toutes ces hypothèses, l'information préalable des parties est une condition à l'extension de l'office du juge qui s'émancipe de l'argumentation des parties pour donner au litige la solution conforme au Droit. L'exigence de loyauté permet au juge de s'affranchir davantage des pièces du dossier et de l'argumentation des parties afin d'user pleinement de ses pouvoirs. La même logique explique l'extension du champ des moyens d'ordre public⁷⁸. Dans des arrêts de plus en plus nombreux, le Conseil d'Etat qualifie les moyens soulevés d'office par le juge de moyens d'ordre public alors que ceux-ci ne résultaient pas « manifestement des pièces du dossier ». Ces moyens n'étaient en effet ni avancés par les parties ni même déductibles de ceux soulevés par elles⁷⁹. En appliquant à ces moyens les dispositions de l'article R. 611-7 du CJA, le Conseil d'Etat n'entend pas brider le juge dans l'exercice de son office. L'application de ces dispositions conforte au contraire l'intervention du juge dans le procès. Ainsi, dans son arrêt du 3 août 2011, Mme Craye, le Conseil d'Etat pose d'abord le principe selon lequel « lorsque le tribunal a fait droit à une demande en se fondant sur un moyen inopérant, notamment en faisant application d'une règle de droit inapplicable, et que, pour contester le jugement de ce tribunal, l'appelant (en l'espèce, l'Administration) n'a pas invoqué le caractère inopérant du moyen retenu par les premiers juges, il appartient au juge d'appel de relever d'office cette inopérance pour censurer le motif retenu par le tribunal. Il précise ensuite « qu'il ne peut toutefois le faire qu'après en avoir préalablement informé les parties en application de l'article R. 611-7 du code de justice administrative

»⁸⁰. En l'espèce, le jugement de première instance était favorable au requérant puisqu'il concluait à une décharge d'imposition. En appel, le juge après avoir soulevé un moyen d'ordre public, auquel le ministre ne faisait aucune allusion dans son recours, retient une solution inverse et confirme le redressement fiscal dont a fait l'objet la société requérante. La qualification de moyen d'ordre public et l'application de l'article L. 611-7 du CJA atténuent la brutalité de cette solution. L'intervention du juge entraînant le rejet de la requête de la société requérante qui avait obtenu satisfaction en première instance paraît, dans ces conditions, plus acceptable.

L'exigence de loyauté conditionne et légitime l'immixtion du juge. Parfois même, elle le contraint à agir. Le Conseil d'Etat a jugé dans son arrêt du 15 décembre

⁷⁷ L'application de cette jurisprudence nouvelle privait de sa portée l'argumentation des parties dans la mesure où celle-ci se fondait sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle alors que la jurisprudence "Béziers I" a pour objet de régler le litige, en priorité, sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

⁷⁸ V. par exemple CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère, n°258885; CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°274477. Noter que l'arrêt qualifie de MOP un moyen de défense soulevé d'office par le juge. Habituellement, la qualification de MOP concerne davantage les moyens d'attaque, c'est-à-dire l'hypothèse où le juge se substitue au requérant qui, dans le procès administratif, est généralement une personne privée, l'administration étant souvent en défense.

⁷⁹ V. par exemple CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère et CE, 30 mai 2007, M. Boscher, précités n°326754.

⁸⁰ La solution est d'autant plus remarquable que le juge considère habituellement que la vérification que le requérant peut se prévaloir du texte qu'il invoque à l'appui de ses prétentions relève de son office et n'est pas soumise à l'information préalable des parties (CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014; CE, 15 oct. 1999, Wolff, n°198204; CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 concernant l'applicabilité au litige d'une instruction fiscale, alors que ce moyen n'est pas soulevé par l'administration fiscale).

2010 GIE Garde ambulancière 80⁸¹ que la Cour ne « remplit la mission juridictionnelle qui est la sienne

» et commet une erreur de droit en rejetant des conclusions indemnitaires au seul motif que les éléments rapportés par le requérant ne lui permettent pas d'établir le montant du préjudice indemnisable. Il ajoute « *qu'il incombe au juge administratif dans une telle hypothèse à faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice* ». La direction du procès n'est pas seulement, pour un juge administrateur, une simple faculté.

L'étude de l'exigence de loyauté dans le procès administratif conduit à une conclusion inattendue. Loin de gommer les spécificités du juge administratif, elle en accentue les traits distinctifs. Dès la requête, alors même qu'il n'examine pas encore le fond du litige, le juge administratif se comporte comme un administrateur. L'exigence de loyauté a pour objectif une lisibilité accrue du procès pour les parties dont le corollaire est une plus grande maîtrise de celui-ci par le juge. Elle permet ainsi au juge administratif qui demeure, y compris dans la direction de la procédure administrative contentieuse, le garant du Droit et de l'intérêt général, d'exercer pleinement son office de juge administrateur.

REFERÊNCIAS

B. Pacteau, **Manuel de contentieux administratif**, Paris, PUF, 2014, spéc. n°183.

CE, 11 juill. 2011, Mme Montant, n°321225. A l'inverse, il « *incombe à l'administration de produire une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement* ».

CE, Ass, 30 janv. 1959, Sieur Grange, rec. 85, concl. Chardeau; CE, 21 déc. 1960, Vicat blanc c/ Premier Ministre, n°49781; rec T 890.

CE, 4 juillet 1962, Plaisnel, n°43564; rec. T 1077; également, CE, 16 fév. 1966, Sieur Echernier, n°64729; rec. 112 : l'arrêt précise que le juge « n'est d'ailleurs même pas tenu légalement de répondre » à de telles conclusions.

CE, Sect., 24 fév. 1967 Gonthier, rec. 92

CE, Ass, 13 déc. 1968, Assoc. des propriétaires de Champigny-sur-Marne, rec. 646

CE, 7 mars 1969, Sieurs Faure et GrosPierre, rec. 145. Le juge ne peut s'abstenir de statuer sur une fin de non recevoir et ordonner une mesure d'instruction que s'il rejette, pour un autre motif, les conclusions dont il est saisi

(CE, 30 janv. 1970, Dame Veuve Herbe, rec. 73)

CE, Sect., 23 déc. 1988, Banque de France c/ Huberschwiller, rec. 464 : « *le caractère contradictoire de la procédure exige la communication à chacune des parties de toutes les pièces produites au cours de l'instance* »

CE, 26 juil. 1996, Sté entrepositaire parisienne, rec. 312. V. jurisprudence antérieure CE, 17 mai 1985, Sté Anastasia Diffusion, rec. 152

⁸¹ CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, n° 330867

CE, 29 juil. 1998, Mme Esclatine, n°179635

CE, 29 juil. 1998, Syndicat des avocats de France, rec. 313

CE, 5 mars 1999, Valeri, rec. 52 : « *il appartient au juge de l'impôt de déterminer en fonction de l'objet du redressement et du déroulement de la procédure d'imposition le régime de dévolution de la charge de la preuve applicable au litige qui lui est soumis* »; également CE, Ass., 20 oct. 2009,

CE, 15 oct. 1999, Wolff, n°198204 .

CE, 15 mars 2000, Drannikova, rec. T 1184; n°185837). La jurisprudence considère par ailleurs que le juge n'est jamais tenu de communiquer les nouveaux mémoires n'apportant aucun élément nouveau pour la solution, notamment parce qu'ils « *ne contiennent ni conclusions, ni moyens nouveaux* »

CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 : la vérification par le juge de l'applicabilité d'une doctrine fiscale ne constitue pas un MOP préalablement communiqué aux parties

CE, 14 nov. 2001, SARL Pyroscénie, n°228587 concernant l'applicabilité au litige d'une instruction fiscale, alors que ce moyen n'est pas soulevé par l'administration fiscale).

CE, 12 juil. 2002, M. et Mme Leniau, rec. 278 et CE, Sect., 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées Orientales C/ Abounkhila, rec. 94

CE, 12 juillet 2002, M. et Mme Leniau, n°236125; rec. 278 : il s'agissait en l'espèce d'une note en délibéré produite après l'audience; CE, 21 nov. 2003, Mme Biord Genest, n°244820; rec. 936

CE, 30 juil. 2003, Min. de l'économie, des finances et de l'industrie, n°234452

CE, Sect., 3 déc. 2003, El Bahi. Le juge administratif est en revanche délié de cette obligation lorsque la possibilité d'une substitution a été évoquée dans les écritures des parties.

CE, Sect., 3 déc. 2003, Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi, n°240367; rec. 479 concl. Stahl.

CE, Sect, 27 fév. 2004, Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkhila, n°252988

CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, rec. 197

CE, 30 nov. 2005, Sieur Guitard, n°269546; rec. T. 1059 : en l'espèce l'absence de préjudice.

CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère

CE, 9 août 2006, Commune de Noyant la Gravoyère, n°258885.

CE, 29 déc. 2006, Melle A, n°281206

CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°274477.

CE, 30 mai 2007, M. Boscher, n°326754.

CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014

CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n°318014 .

CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Min. de l'emploi et de la santé, n°330867)

CE, 15 déc. 2010, GIE Garde ambulancière 80 c/ Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé, n° 330867.

CE, 17 fév. 2012, Société Chiesi SA, n°332509

CE, 13 juil. 2012, Mme B., n°352115

CE, 26 nov. 2012, Mme Cordière, n°354108

CE, 17 février 2013, Sté Chiesi SA, n°332509

CE, Sect., 19 avril 2013, CCI D'Angoulême, n°340093 .

CE, 22 mai 2013, Clabaut, n°350551

CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427

CE, Sect., 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du Pays de Martigues, n°352427, spéc. cons. 7 : le Conseil d'Etat donne un véritable mode d'emploi sur les informations supplémentaires que les rapporteurs publics sont invités à fournir au titre de l'obligation de transmission du sens de conclusions.

CE, 27 oct. 2013, Vidon, n°346569

CE, 6 nov. 2013, Mme Kadi, n°351194

CE, 23 juin 2014, Sté Deny All, n°352504 : lorsque, à la suite de la réouverture de l'instruction par la communication d'un nouveau mémoire

CE, Sect., 16 juil. 2014, Ganem, n°352501 : L'autorité administrative (ici disciplinaire) « à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle a pris la décision litigieuse (en l'espèce, une sanction) peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tous moyens ».

CE, 23 juil. 2014, Sté Octapharma France, n°349717 : le juge se reconnaît le pouvoir de différer les effets de sa décision juridictionnelle au profit seulement de certaines parties au procès;

CE, 1^{er} oct. 2014, Erden, n°349560

CE, sect., 1^{er} oct. 2014, Erden, n°349560

CE, 20 oct. 2014, Commune de Rueil-Malmaison, n°371493

CE, 27 mai 2015 n°386195

CE, 27 juil. 2015, M. B, req. n°367484 : reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge saisi d'un recours indemnitaire pour faire cesser le comportement fautif de la personne publique et le préjudice qui en résulte.

D. Chabanol, **Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse**. Mélanges Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 149

D. Truchet, **Office du juge et Distinction des contentieux : renoncer aux branches**, RFDA 2015 p. 657, spéc. p. 658

E. Langelier et A Virost-Landais, **Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés**, JCP A 2015 n°2245

R. Chapus, **Contentieux administratif, Paris, Les Cours du droit**, 1981, fasc II spéc. p. 397.

R. Odent, **Contentieux administratif, Paris, Dalloz, Tome I** spéc. p. 710 et suiv sur « l'objet de la procédure »

X. Domino et A. Bretonneau, **Chronique de jurisprudence administrative – De la loyauté dans le procès administratif**, AJDA 2013 p. 1276

Submetido em: 02 jul. 2018. Aceito em: 15 dez. 2018.