

Témoignage

BILAN ET PERSPECTIVE D'ÉVOLUTION DE LA QUALITÉ DU PROCÈS ADMINISTRATIF : LE POINT DE VUE D'UN AVOCAT

Éric SAGALOVITSCH

Avocat à la Cour

Résumé

Les réformes de ces trente dernières années ont contribué à la modernisation du procès administratif. Si la communication à l'avocat du sens des conclusions du rapporteur public avant l'audience et la faculté offerte à l'avocat de prendre la parole après le rapporteur public ont constitué deux avancées majeures, le statut actuel des conclusions du rapporteur public n'est pas satisfaisant. Si la phase d'instruction pourrait être améliorée sur certains points, la nouvelle organisation des audiences et le dialogue pratiqué lors des audiences de référés pourraient permettre quant à eux d'ériger la phase de l'audience du procès administratif comme un modèle particulièrement adapté à la justice du XXI^e siècle.

Mots-clefs

Procès administratif, avocat, rapporteur public, équité, audience, sens des conclusions

Abstract

– Progress made and future prospects in the field of administrative litigation: a lawyer's perspective – The reforms of the last 30 years have contributed to the modernisation of the administrative court system. Lawyers are now given the public rapporteur's key findings prior to hearings and they are allowed to speak after them. These are two major elements of progress. However, the current status of the public rapporteur's findings is not satisfactory. If certain aspects of the pre-trial phase are improved, and the new way of organising hearings and interlocutory dialogue could ensure that the hearing phase of administrative litigation becomes a model that is particularly well suited to the 21st century justice system.

Keywords

Administrative lawsuit, lawyer, public prosecutor, fairness, hearing, key findings

Les réformes qu'a connues la justice administrative depuis ces trente dernières années ont incontestablement contribué à renforcer l'attractivité et la qualité du procès administratif à travers la poursuite de trois objectifs principaux.

Le premier objectif a visé la réduction des délais de jugement et la recherche d'une certaine célérité, adaptée aux besoins des justiciables confrontés à des situations d'urgence. La création des premières cours administratives d'appel au 1^{er} janvier 1989¹, et l'introduction en 2000 des différents référés parmi lesquels le référé-suspension et le référé-liberté² ont contribué à la réalisation de ce premier objectif. Les développements récents de la télé-procédure depuis le 1^{er} janvier 2013 permettent également l'accélération de l'instruction des procès administratifs³.

Le second objectif a été celui de la recherche d'une plus grande efficacité du juge administratif. Est plus efficace un juge qui peut adresser des injonctions pour assurer l'exécution de ses jugements et arrêts⁴ ou encore un juge qui peut suspendre, dans le cadre d'un référé précontractuel, la procédure de passation d'un contrat de la commande publique avant sa signature⁵. S'inscrit également dans l'objectif d'une meilleure efficacité du juge administratif l'obligation assignée au juge administratif de se prononcer sur l'ensemble des moyens de la requête dirigée contre une autorisation ou un document d'urbanisme.⁶

Les dernières réformes visent à renforcer la transparence et l'équité du procès administratif, qui constituent le troisième objectif. L'institution d'un code de justice administrative applicable à l'ensemble des juridictions administratives a permis à tous les justiciables de bénéficier d'un accès facilité aux règles du contentieux administratif et renforce la transparence du procès administratif.⁷ La possibilité offerte depuis le 1^{er} février 2009⁸ aux avocats des parties de prendre la parole après les conclusions du rapporteur public constitue, selon nous, une étape majeure dans l'évolution du procès administratif et du renforcement de son caractère équitable. Participent également de l'objectif de transparence les réflexions et expérimentations menées récemment pour l'amélioration de la rédaction des décisions du juge administratif (Rapport Martin, 2012)⁹. Est un gage de transparence un jugement ou un arrêt qui peut être compris par le justiciable sans que celui-ci ait besoin d'une assistance pour comprendre les motifs de la décision de justice.

À côté de ces évolutions extrêmement positives, la qualité de la justice administrative repose sur deux piliers anciens, qui se sont consolidés au fil du temps. Le premier pilier est la très grande prévisibilité de la justice administrative. La méthode de fabrication du droit par le Conseil d'État a pour effet que les justiciables de Corse et du

1. Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif.

2. Ces procédures de référé ont été introduites par la loi n° 2000- 597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

3. Décret n° 2012-1437 du 21 décembre 2012 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs.

4. Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

5. Loi n° 92.10 du 4 janvier 1992 et loi n°93.1416 du 29 décembre codifiées aux articles L.551-1 et suivants du Code de justice administrative.

6. Article 37 de la loi n° 2000-208 du 13 décembre 2000 aujourd'hui codifié à l'article L 600-4-1 du code de l'urbanisme.

7. Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie législative du code de justice administrative.

8. Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

9. Rapport Martin, Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Conseil d'État, avril 2012.

département du Nord ont la certitude que l'issue de leur procès administratif sera la même dès la fin de la première instance s'ils sont dans une situation identique, alors même que leur affaire sera jugée par deux tribunaux administratifs distincts. La discipline des juges du fond qui veillent sur l'ensemble de leurs territoires géographiques à l'application de la règle de droit telle qu'elle a été interprétée ou créée par le Conseil d'État est un élément majeur de la qualité de la jurisprudence administrative, puisqu'elle contribue à assurer la prévisibilité des décisions juridictionnelles. La prévisibilité est un élément essentiel pour les acteurs de la vie économique et facilite la recherche avant ou pendant le procès administratif d'une solution transactionnelle.

Le second pilier qui assure la force de la justice administrative tient dans les méthodes de travail du juge administratif, qui consacre une part inégalée au contradictoire, dans l'acception courante de ce terme. Que le jugement soit rendu à l'issue d'une procédure d'instruction contradictoire entre les parties est tout à fait normal et constitue même une des exigences du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, l'existence d'un contradictoire très élaboré au sein même des juridictions administratives entre les magistrats qui participent à l'instruction d'un dossier n'a pas été imposée au départ par des textes, mais résulte d'une pratique très ancienne initiée par le Conseil d'État et qui s'est consolidée et a été transposée aux conseils de préfecture, puis ensuite, aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel. Leur point commun est l'élaboration avant l'audience d'un projet de jugement ou d'arrêt qui aura mobilisé plusieurs magistrats (un rapporteur, un reviseur, une formation collégiale et un rapporteur public).

Cette méthode d'instruction repose sur une double dynamique : d'une part, la bonne décision de justice a besoin de la plus large confrontation des points de vues divergents ou convergents exprimés par les juges qui composent la formation appelée à statuer sur le litige. D'autre part, l'échange des analyses sera d'autant plus fécond qu'il s'opère non à l'occasion du seul délibéré mais pendant toute la phase d'instruction du dossier. Il assure un cheminement progressif qui contribue à la qualité de la décision finale.

À cet égard, l'existence d'un rapporteur public dont l'office est d'exposer publiquement et en toute indépendance son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent¹⁰ s'inscrit également dans cette tradition et cette logique du contradictoire à l'intérieur de la formation de jugement. La position du rapporteur public est une opinion qui va permettre à ceux qui rendent la justice non seulement de mieux apprécier la pertinence de la solution envisagée, mais également d'améliorer la motivation de la décision de justice (Stahl, 2014, 51)¹¹

En définitive, les évolutions favorables précitées de ces trente dernières années associées aux deux piliers permanents que sont la prévisibilité de l'issue d'un procès administratif et le haut degré du contradictoire exercé à l'intérieur même de la juridiction administrative contribuent à la grande qualité de la justice administrative. Néanmoins, le présent article vise à mettre en évidence les points faibles et perfectibles du procès administratif, au regard de deux critères qui nous paraissent essentiels pour apprécier, du point de vue de l'avocat, la qualité de la justice administrative. Le premier est celui de la

10. Article L.7 du code de justice administrative.

11. « Le premier public du rapporteur public est ainsi la formation de jugement, à laquelle il s'adresse en disant "vous" ».

transparence, le second, celui du dialogue loyal et constructif entre les différents acteurs du procès administratif.

LA TRANSPARENCE DU PROCÈS ADMINISTRATIF

La transparence du procès administratif n'est pas assurée que par l'audience. La phase de l'instruction et la phase postérieure à la notification du jugement sont deux étapes qui permettent également d'évaluer la transparence du procès administratif.

La phase d'instruction

Il existe une corrélation étroite entre la qualité de l'instruction et du jugement. L'appréciation de la phase d'instruction à l'égard des parties au procès peut être évaluée au regard des deux critères qui se rapportent respectivement à la nature et l'étendue des informations communiquées ou accessibles, d'une part et au contradictoire, d'autre part. Les justiciables et les auxiliaires de justice bénéficient d'un très large accès aux informations générales et à la jurisprudence administrative. Les sites web des différentes juridictions permettent aux justiciables d'accéder à des informations utiles. Force est cependant de constater que certaines juridictions fournissent moins d'informations que d'autres. Si les sites web du Conseil d'État, de la Cour administrative d'appel de Paris et du tribunal administratif de Paris mentionnent la composition précise de chacune des chambres, en revanche, la plupart des autres juridictions se limitent à mentionner les noms des magistrats qui composent l'ensemble de la juridiction, ainsi que les domaines d'intervention des différentes formations de jugement, sans que ne soient précisés les noms des magistrats qui composent chaque chambre de la juridiction. Certains tribunaux mettent en ligne sur leur site des revues d'actualités jurisprudentielles mensuelles ou trimestrielles très utiles. Par exemple, le tribunal administratif de Paris présente sur son site une sélection mensuelle des jugements rendus avec pour chaque jugement un commentaire et le jugement anonymisé dans son intégralité. La communication en accès direct et gratuite de ces informations générales contribue à la transparence des juridictions administratives.

Avant la création de Légifrance, il était indispensable à l'avocat publiciste d'avoir sa collection de recueils *Lebon* des trente dernières années, assortie le cas échéant des tables décennales. Aujourd'hui, les auxiliaires de justice et les citoyens bénéficient d'un accès gratuit et illimité aux arrêts des cours administratives d'appel et du Conseil d'État sur Légifrance et Arianeweb. L'égalité dans l'accès aux sources jurisprudentielles entre avocats et magistrats est assurée à l'exception cependant de la banque de données Ariane qui est réservée aux magistrats. Or, Ariane contient plus d'informations que Légifrance. Arianeweb dans la mesure où elle comprend l'ensemble des jugements de première instance et toutes les conclusions des rapporteurs publics. Aussi, une évolution souhaitable consisterait à permettre aux avocats d'avoir accès à cette banque de données.

La communication des informations pendant la phase d'instruction du dossier est dans l'ensemble, satisfaisante. La première étape, qui passe par la constitution de l'avocat dans l'affaire pour laquelle il a été mandaté, entraîne au profit de ce dernier la communication du numéro d'enregistrement de la requête et du code d'accès Sagace. Les avocats et les administrations ont également accès à Télérecours et disposent ainsi en temps réel, de toutes les principales informations relatives à l'évolution de l'instruction de leur affaire.

Certaines informations pourraient cependant parfois gagner à être plus précises. Ainsi, l'avocat requérant peut prendre connaissance, sur Sagace, que l'administration n'ayant pas répondu au-delà d'un délai raisonnable, celle-ci a été rendue destinataire d'une mise en demeure de produire son mémoire. Mais, il n'est pas mentionné systématiquement sur Sagace, le délai accordé à l'administration au titre de la mise en demeure.

Dans la phase d'instruction, le contradictoire est pleinement assuré par le juge administratif. Chaque mémoire déposé est systématiquement communiqué par le greffe à la partie adverse. On soulignera néanmoins quelques petites zones d'ombre. En premier lieu, lorsqu'un juge adresse une mesure d'instruction à l'encontre d'une partie, cette dernière n'est pas transmise en copie à la partie adverse. En deuxième lieu, la réponse à un moyen relevé d'office apporté par une partie, n'est jamais communiquée par le greffe de la juridiction à l'autre partie. Enfin, un mémoire produit peu de temps avant la clôture de l'instruction peut ne pas être communiqué s'il n'apporte aucun élément nouveau à la discussion¹². L'appréciation de ce dernier critère reste empreinte d'une certaine subjectivité. Sur ces trois points, la partie règlementaire du Code de justice administrative et la jurisprudence pourraient évoluer vers une communication systématique de ces différents documents à la partie adverse.

Le contradictoire serait également mieux assuré si chacune des parties disposait d'un temps équivalent pour produire ses écritures. Il arrive encore trop fréquemment que l'administration ne transmette son mémoire en défense qu'après un assez long délai. La mise en demeure reste inefficace dans la mesure où la personne publique n'est pas pénalisée dans le traitement de son dossier si elle produit son mémoire après l'expiration du délai imparti par la mise en demeure. Pour autant, il est fréquent que le juge n'accorde ensuite qu'un délai d'un mois à la partie requérante pour répondre au mémoire en défense produit tardivement par la personne publique. La loyauté du procès et le principe de l'égalité des armes n'impliqueraient-ils pas que les parties disposent de délais équivalents pour préparer leur écriture ? Ce qui imposerait que la personne publique produise ses écritures dans des délais beaucoup plus courts.

La communication et la diffusion des conclusions du rapporteur public après la notification du jugement ou de l'arrêt

L'assistance de l'avocat ne s'arrête pas à la notification du jugement. Il doit notamment veiller à la parfaite exécution de la décision de justice rendue. Les différents mécanismes codifiés aux articles L.911-1 à L911-10 du Code de justice administrative et en particulier l'injonction permettent d'assurer la pleine effectivité des décisions rendues par les juridictions administratives.

Néanmoins, l'avocat reste confronté à une difficulté assez récurrente pour obtenir après la notification du jugement ou de l'arrêt, la copie des conclusions du rapporteur public, qui lui est souvent demandée par son client. Même pour une affaire perdue, le client éprouve parfois une satisfaction morale lorsque le rapporteur public a conclu en sa faveur, alors même qu'il n'aura pas été suivi par la formation de jugement. Le client souhaite pouvoir les conserver chez lui comme le témoignage d'un magistrat qui lui aura donné raison.

12. Selon l'article R.611-1 du code de justice administrative : « ...Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués s'ils contiennent des éléments nouveaux ».

L'avocat doit alors adresser sa demande de communication des conclusions au greffier, lequel la transmet au rapporteur public qui peut donner une suite favorable ou refuser la communication sans avoir à motiver sa position. Il lui arrive également d'avoir des réponses intermédiaires ainsi rédigées : « Les conclusions ne peuvent pas vous être communiquées pour le moment car elles vont être publiées ». Cependant, la réponse ne précise jamais ni la revue qui les publiera, ni la date de parution, de sorte que l'avocat en est réduit à éplucher, pendant plusieurs semaines voire plusieurs mois, les revues juridiques afin d'espérer de trouver les conclusions que lui réclame son client !

Le refus par le rapporteur public de communiquer ses conclusions a des fondements solides dans la jurisprudence du Conseil d'État qui considère que les conclusions des rapporteurs publics ne sont pas des documents administratifs communicables au sens de l'article L311-1 du code des relations entre le public et l'administration, en raison de leur caractère non détachables de la procédure juridictionnelle. De plus, un refus de communication des conclusions du rapporteur n'a pas à être motivé¹³.

En revanche, l'argument selon lequel ces conclusions peuvent ne pas être écrites, nous paraît bien plus théorique que pratique. Je n'ai, pour ma part, jamais assisté à une audience dans laquelle le rapporteur public aurait improvisé des conclusions à l'audience, et se serait complètement détaché de ses notes. C'est un constat : le rapporteur public lit ses conclusions à partir de ses notes écrites ou de l'écran qui est mis à sa disposition.

Le choix discrétionnaire du rapporteur public de communiquer ou non ses conclusions connaît également un fondement législatif dans un article du code de la propriété intellectuelle. En effet, la cession de plein droit au profit de l'État du droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État¹⁴ connaît une exception consacrée à l'article L 111-1 du code de la propriété intellectuelle au profit des « agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique », ce qui est le cas des conclusions des rapporteurs publics¹⁵.

Néanmoins, les refus de transmission des conclusions du rapporteur public aux demandes formulées après la notification du jugement nous paraissent critiquables pour trois raisons.

En premier lieu, les conclusions écrites du rapporteur public rendues en première instance peuvent aider les avocats dans la préparation de leurs écritures en appel. En deuxième lieu, le refus du rapporteur public de communiquer ses conclusions une fois le jugement rendu, pourrait entraîner une rupture du contradictoire devant le juge d'appel. En effet, la banque Ariane à laquelle les avocats n'ont pas accès, comporterait, selon plusieurs témoignages, notamment les conclusions des rapporteurs publics des jugements rendus en première instance. Dès lors, les magistrats des cours administratives d'appel peuvent accéder lorsqu'ils examinent une requête en appel, aux conclusions écrites du rapporteur public rendues en première instance. Dans ce cas, les conclusions du rapporteur public de première instance pourraient constituer en appel, pour le juge d'appel, non un document de travail, mais une pièce du dossier, qui serait alors soumise à l'obligation du contradictoire et qui devraient être par conséquent communiquée à toutes les parties.

13. CE, 26 janv. 1990, *Vincent*, req n° 104236 ; CE, ord, 20 janv. 2005, *Hoffer*, req n° 276625.

14. Article L. 131-3-1 du code de la propriété intellectuelle.

15. Ainsi, peut-on lire désormais, en première page des conclusions des rapporteurs publics diffusées sur ArianeWeb, la mention suivante : « Ces conclusions ne sont pas libres de droit. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur ».

En effet, aucune pièce du dossier ne peut échapper au contradictoire, comme l'a jugé le Conseil d'État¹⁶.

En troisième lieu, les pratiques des autres ordres juridictionnels pourraient être une source d'enrichissement et d'évolution pour les juridictions administratives. Ainsi et par exemple, la Cour de Justice de l'Union européenne met en ligne, de manière systématique, les conclusions de ses avocats généraux. Cette mise en ligne intervient avant même que l'arrêt ne soit rendu. Le Conseil Constitutionnel diffuse sur son site en même temps que la décision, le commentaire qui est la note établie par le secrétaire général du Conseil constitutionnel laquelle permet une meilleure compréhension de la décision. Ces usages participent selon nous d'une application d'un principe plus général selon lequel le justiciable a un droit non seulement à bénéficier d'une décision juridictionnelle motivée, mais également à disposer d'un outil qui puisse lui permettre de mieux comprendre la décision juridictionnelle rendue. Or, à cet égard, les conclusions du rapporteur public peuvent constituer un élément explicatif de la décision de justice, surtout lorsqu'elles sont suivies par la formation de jugement.

La justice administrative devrait s'inspirer de ces pratiques du juge constitutionnel et communautaire pour permettre de consacrer un droit du justiciable à obtenir après la notification du jugement ou de l'arrêt les conclusions du rapporteur public. Il serait alors envisageable, au terme de cette évolution que les notifications de jugements comprennent en annexe, les conclusions du rapporteur public et que celles rendues dans les affaires jugées par les Cours administratives d'appel et le Conseil d'État soient systématiquement diffusées après anonymisation sur Légifrance et Arianeweb¹⁷.

LE DIALOGUE LOYAL ET CONSTRUCTIF ENTRE LES DIFFÉRENTS ACTEURS DU PROCÈS ADMINISTRATIF

Le dialogue entre avocats et magistrats contribue à la qualité du procès administratif. Les deux temps forts de ce dialogue s'exercent à deux étapes importantes du procès administratif pour l'avocat que sont, d'une part, la prise de connaissance du sens des conclusions du rapporteur public avant l'audience et, d'autre part, sa participation à l'audience.

16. Dans son arrêt de section *Communauté d'agglomération du pays de Martigues* du 21 juin 2013 (req n° 352427), le Conseil d'État a jugé que « le principe du caractère contradictoire de l'instruction, rappelé à l'article L. 5 du code de justice administrative, qui tend à assurer l'égalité des parties devant le juge, implique la communication à chacune des parties de l'ensemble des pièces du dossier, ainsi que, le cas échéant, des moyens relevés d'office ; que ces règles sont applicables à l'ensemble de la procédure d'instruction à laquelle il est procédé sous la direction de la juridiction ».

17. La mise en ligne par le Conseil d'État du site Arianeweb depuis le 12 juillet 2011 constitue à cet égard un progrès qui n'est cependant que partiel dans la mesure où seules sont diffusés les conclusions des rapporteurs publics sur les décisions rendues par les formations les plus solennelles du Conseil d'État, la section et l'assemblée du contentieux.

Le dialogue avec le rapporteur public

C'est bien un véritable dialogue qui s'est institué entre les avocats aux conseils¹⁸ et les rapporteurs publics du Conseil d'État.

Arnaud Lyon-Caen soulignait que l'avocat aux conseils peut « prendre contact avec le commissaire du gouvernement afin de pouvoir apprécier, en fonction de ses confidences s'il y a lieu de présenter des observations orales » (Lyon-Caen, 1996, 473). Comme l'ont exposé les conseillers d'État Jean-Claude Bonichot, juge à la Cour de justice des Communautés européennes, et Ronny Abraham, président de la Cour internationale de justice, « le dialogue entre le commissaire du gouvernement et l'avocat au Conseil permet à ce dernier de cibler sa plaidoirie sur le point important ou le sujet de désaccord entre eux, donc, si l'on veut, de plaider utile » (Bonichot et Abraham, 1998, 1945).

On comprend parfaitement que ce dialogue, qui peut prendre la forme d'un échange téléphonique entre l'avocat aux conseils et le rapporteur public du Conseil d'État, ne puisse pas être pratiqué entre les avocats à la cour et les juges du fond. Le nombre limité d'avocats aux conseils, même si celui-ci devrait augmenter ces prochaines années en raison du nouveau dispositif introduit par la loi Macron¹⁹, rend possible cet échange privilégié.

Pour autant, les avocats à la Cour, à défaut d'avoir la possibilité de s'entretenir directement avec le rapporteur public, ont, depuis l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)²⁰ et le décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009, le droit de connaître le sens des conclusions du rapporteur public avant l'audience²¹. Il fallait cependant préciser la signification et le contenu des conclusions du rapporteur public. Dans son arrêt de section du 21 juin 2013²², le Conseil d'État a jugé que s'il appartient au rapporteur public de mentionner, lorsqu'il conclut à l'annulation d'une décision, les moyens qu'il propose d'accueillir, le défaut de transmission de ces informations ne peut cependant affecter la régularité du jugement ou de l'arrêt à intervenir. L'arrêt rendu par la section du contentieux confère ainsi un pouvoir discrétionnaire, pour ne pas dire arbitraire, au rapporteur public, de communiquer ou non le ou les moyens d'annulation. Les conséquences pratiques de cet arrêt auraient pu être très préjudiciables à la qualité des procès administratifs si les rapporteurs publics avaient usé de la faculté qui leur est désormais offerte, de ne pas communiquer le ou les moyens d'annulation. Fort heureusement, les praticiens s'accordent à constater que les rapporteurs publics communiquent dans le contentieux de l'excès de pouvoir, systématiquement aux parties le ou les moyens d'annulation qu'ils retiennent.

Ce faisant, les rapporteurs publics contribuent ainsi à la loyauté du procès administratif. La communication des moyens d'annulation par le rapporteur public aux parties présente un lien direct avec la loyauté des débats puisqu'elle permet à l'avocat d'orienter sa plaidoirie (Sagalovitsch, 2007, 273). Elle revêt également une efficacité économique

18. Officiers ministériels bénéficiant du monopole de représentations devant le Conseil d'État et la Cour de cassation.

19. Article 57 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et décret n° 2016-215 du 26 février 2016 portant définition des critères prévus pour l'application de l'article L. 462-4-2 du code de commerce.

20. Cour européenne des droits de l'homme, 7 juin 2001, *Kress contre France*, req n° 39594/98.

21. Selon l'article R711-3 du CJA si le jugement de l'affaire doit intervenir après le prononcé de conclusions du rapporteur public, les parties ou leurs mandataires sont mis en mesure de connaître, avant la tenue de l'audience, le sens de ces conclusions sur l'affaire qui les concerne.

22. CE, section, 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, req n° 352427.

pour l'avocat. Prenons l'exemple d'un contentieux de permis de construire pour lequel il est fréquent qu'une quinzaine de moyens soient soulevées. Le temps de préparation d'une audience, n'est pas le même selon que l'avocat connaît le moyen que le rapporteur public développera dans ses conclusions pour conclure à l'annulation ou qu'il soit dans l'ignorance du moyen qui sera retenu.

La loyauté exemplaire des rapporteurs publics illustre au demeurant que la qualité de la justice administrative peut parfois dépendre davantage du comportement des magistrats que de la règle de procédure elle-même et de son interprétation.

Les audiences

Il existe pour l'avocat deux catégories d'audiences très différentes, l'audience sur le fond et l'audience de référé.

Les audiences sur le fond

Jusqu'à une période très récente, les audiences sur le fond n'ont pas constitué pour les avocats le temps fort du procès administratif. La procédure est écrite, l'avocat doit convaincre le juge par ses arguments écrits et les audiences étaient principalement perçues comme permettant à l'avocat de prendre connaissance des conclusions du rapporteur public et de disposer ainsi d'un indicateur relativement fiable de la prédiction du jugement ou de l'arrêt à intervenir dans la mesure où les conclusions du rapporteur public seraient suivies dans 80 % des affaires. Cette période pas si lointaine au cours de laquelle l'avocat, après avoir présenté ses brèves observations orales écoutait révérencieusement les conclusions du rapporteur public a pris fin avec l'étape décisive opérée par le décret du 7 janvier 2009²³ qui entraîne l'inversion de la prise de parole entre l'avocat et le rapporteur public et la possibilité ainsi offerte à l'avocat d'avoir le dernier mot à l'audience. Dès lors, les observations orales de l'avocat doivent viser moins à contrer l'argumentation développée par la partie adverse dans ses écritures (ceci est l'objet de la procédure écrite) qu'à réfuter le sens des conclusions du rapporteur public, lorsque celles-ci lui sont défavorables.

Telle est la raison pour laquelle nous ne partageons pas la conception de l'audience exposée par le président Jacques-Henri Stahl (Stahl, 2014, 51), qui distingue et hiérarchise différents publics lors de l'audience : « Le premier public du rapporteur public est ainsi la formation de jugement, à laquelle il s'adresse en disant "vous". Les parties et leurs avocats, le reste du public présent et, au-delà, les observateurs ou les commentateurs de la jurisprudence, constituent, par rapport à la formation de jugement, un auditoire de second rang : décisif, parce que le fait que le prononcé des conclusions soit public, en présence des parties ou de leurs avocats, est une vertu cardinale du procès administratif, mais de second rang ». Une telle présentation, de l'audience du procès administratif, qui place l'avocat à l'égard du rapporteur public, au même rang que le public et la doctrine ne reflète pas la réalité des audiences. L'avocat n'est ni muet à l'instar du public et ne réagit pas *a posteriori* une fois l'arrêt rendu, à l'image de la doctrine. L'avocat doit faire preuve de réactivité à l'audience. À cet égard, l'époque où les observations orales se limitaient

23. Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

pour l'avocat à déclarer qu'il s'en remettait à ses écritures est aujourd'hui en grande partie révolue.

Auditionné le 19 novembre 2014 par la commission spéciale de l'Assemblée nationale sur les professions réglementées²⁴, le président de la section du contentieux au Conseil d'État, Bernard Stirn, insistait sur la reprise de parole par l'avocat aux conseils après les conclusions du rapporteur public « qui est une reprise de parole mesurée, mais parfaitement ciblée, très utile pour le contradictoire et le bon éclairage de la formation de jugement ». Il ajoutait : « Aujourd'hui à toutes les séances de jugement du Conseil d'État, les avocats aux conseils reprennent la parole sur quelques-unes des affaires du rôle pour indiquer à la formation de jugement le ou les points qui méritent une attention particulière de l'avocat. J'ai toujours dit à l'Ordre des avocats aux conseils que c'était très utile d'avoir ces réactions brièvement présentées, bien ciblées et qui sont très éclairantes pour la formation de jugement »²⁵.

Les avocats à la cour partagent la même approche dynamique de l'audience devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel en exposant à la barre après l'intervention du rapporteur public les raisons pour lesquelles ils approuvent ou désapprouvent l'analyse du rapporteur public. On peut cependant regretter que devant le Conseil d'État dans les matières dispensées du ministère d'avocat aux conseils, l'avocat à la Cour ne puisse pas présenter d'observations orales, en raison du monopole de la plaidoirie dont bénéficient les avocats aux conseils²⁶. Cet handicap qui frappe l'avocat à la cour lorsqu'il intervient devant le Conseil d'État doit certes être relativisé par la possibilité qui lui est offerte de produire une note en délibéré²⁷. En effet, la note en délibéré va également permettre à l'avocat d'exposer la ou les raisons pour lesquelles il désapprouve les conclusions du rapporteur public. Pour autant, la note en délibéré paraît d'autant plus efficace lorsqu'elle intervient dans le prolongement et l'approfondissement des observations orales formulées à la barre. À cet égard, la note en délibéré pourrait être plus convaincante et percutante si l'avocat disposait de la version écrite des conclusions du rapporteur public. Nul n'ignore que pour des raisons matérielles, tenant souvent à la rapidité à laquelle le rapporteur public lit ses conclusions, il n'est pas toujours possible à l'avocat d'en dresser un compte-rendu exhaustif, de sorte que des points du raisonnement ou encore des jurisprudences citées peuvent parfois échapper à sa vigilance. La communication, après l'audience, des conclusions écrites permettrait de remédier à ces inconvénients et d'améliorer ainsi la qualité de la note en délibéré. Le code de justice administrative pourrait être complété afin de prévoir une transmission aux parties des conclusions du rapporteur public qui interviendrait après l'audience et avant la date du délibéré. Cependant, cette transmission paraît également

24. [Http://videos.assemblee-nationale.fr/video.6111.2116550.professions-juridiques-reglementees-auditions-diverses-19-novembre-2014](http://videos.assemblee-nationale.fr/video.6111.2116550.professions-juridiques-reglementees-auditions-diverses-19-novembre-2014)

25. Présidente de la 7^e sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, Christine Maugüé, dresse le même bilan : « On constate que depuis que la faculté de reprendre la parole après les conclusions leur a été donnée, les avocats au Conseil d'État en font un usage qui se développe » ; (Maugüé, sans date).

26. L'article R 733-1 du CJA dispose « Après le rapport, les avocats au Conseil d'État représentant les parties peuvent présenter leurs observations orales. Le rapporteur public prononce ensuite ses conclusions. Les avocats au Conseil d'État représentant les parties peuvent présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public.

27. Le régime de la note en délibéré est défini aux articles R. 731-3 et R. 741-1 du CJA.

possible, sans modification du CJA, comme l'atteste l'intéressante initiative du tribunal administratif de Bastia²⁸.

Les audiences de référé

L'audience constitue un temps fort des procédures de référés. Les audiences de référé sont très stimulantes pour l'avocat car celui-ci ne doit alors compter que sur lui-même pour emporter à la barre la conviction du juge sans pouvoir s'appuyer sur un rapporteur public. Les audiences de référé pratiquées par les tribunaux administratifs et le Conseil d'État reposent sur des règles et pratiques communes²⁹. En général, le juge des référés a eu le temps de prendre connaissance des écritures et de les étudier, ce qui lui permet de diriger véritablement les débats. L'avocat du demandeur puis l'avocat du défendeur présentent à tour de rôle leurs observations orales qui sont plus détaillées que dans les procédures au fond. Certains magistrats préfèrent procéder à un examen moyen par moyen, et donnent ainsi, à tour de rôle, la parole à chacune des parties pour s'exprimer sur chacun des moyens.

Le caractère interactif de l'audience est de plus en plus prégnant dans les audiences de référés. Le juge du référé ne se contente pas d'écouter les parties. Il n'hésite pas à livrer aux parties la compréhension qu'il a du dossier et à leur demander s'ils partagent la même compréhension de tel aspect technique du dossier. Ils questionnent les avocats sur des points précis du dossier ou de son contexte qui peuvent avoir été ou non évoqués dans les écritures. Les questions ciblées par le juge du référé contribuent également à la qualité des débats³⁰. Les échanges verbaux vont permettre au magistrat de mieux intégrer les enjeux et les difficultés de l'affaire. Les avocats ont, en tous cas, très souvent, la forte impression, à l'issue de l'audience, que le magistrat disposera, grâce aux débats, de davantage d'éléments qui lui permettront d'avoir une connaissance plus complète du dossier et de rendre en conséquence un jugement de meilleure qualité.

Les ordonnances rendues en référé peuvent également démontrer que d'une part, la formation à juge unique n'est pas forcément synonyme d'injustice, et que d'autre part, une justice de qualité peut être rendue sans la présence d'un rapporteur public. Les plaidoiries des avocats dans les procédures de référé, les échanges avec le juge à travers les questions et les réponses détaillées, complétées le cas échéant par une note en délibéré, et la part d'improvisation des acteurs du procès administratif à l'audience générée par l'interactivité du dialogue peuvent parfois constituer des vecteurs tout aussi puissants et propices à une bonne décision de justice, qu'une audience sur le fond consacrée en grande

28. À propos de plusieurs affaires concernant des recours contre un plan local d'urbanisme, le tribunal administratif de Bastia a pris l'initiative, de mettre sur son site, le jour même de l'audience du 20 novembre 2014, une fois l'audience terminée, l'intégralité des conclusions du rapporteur public, les jugements ayant été rendus le 12 décembre 2014. Cf : <http://bastia.tribunal-administratif.fr/> (Rubrique la vie du tribunal du 20 novembre 2014 « PLU Ajaccio : le rapporteur public conclut à l'annulation totale » ; Onglet « Lire les conclusions communes »).

29. Une différence subsiste dans la mesure où les avocats aux conseils plaident assis devant le juge des référés du Conseil d'État tandis que les avocats plaident debout dans les référés relevant des tribunaux administratifs.

30. Cette pratique semble faire des émules. L'ancien Président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, déclarait dans un article du journal *Le Monde* daté du 19 avril 2016 (page 9) : « Nos procédures sont proches de celles du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Mais certains progrès peuvent être opérés. Par exemple, au cours des audiences de QPC, un dialogue direct doit pouvoir s'engager si nécessaire entre les membres du conseil et les parties ». La pratique de la Cour suprême des États-Unis a peut-être également servi d'inspiration au Président du Conseil constitutionnel.

partie à la lecture des conclusions du rapporteur public, suivie des brèves observations orales des avocats.

*

* *

Si un bilan, sur le mode de celui de la jurisprudence du Conseil d'État *Ville Nouvelle Est* de 1971, devait être dressé sur la qualité du procès administratif, celui-ci serait très favorable. Les avantages du procès administratif, soulignés dans l'introduction du présent article, l'emportent très certainement sur les quelques inconvénients développés dans les deux parties qui précèdent, lesquels peuvent être corrigés par les évolutions proposées.

Références bibliographiques

- Bonichot, Jean-Claude et Abraham, Ronny (1998), « Le commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH », *JCP*, n° 45-46, 4 nov. 1998, p. 1945 et s.
- Lyon-Caen, Arnaud (1996), « L'avocat devant le juge administratif et l'État de droit : un mineur en voie d'émancipation » in *L'État de Droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* (1996), Paris, Dalloz, p. 473 et s.
- Maugüé, Christine (sans date), *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1031, « Rapporteur public », paragraphe 74.
- Martin, Philippe (2012), *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Paris, Conseil d'État.
- Rapport Martin (2012), Conseil d'État, Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril.
- Sagalovitsch, Éric (2007), « Sur le sens des conclusions du Commissaire du gouvernement et le droit de plaider utile », *AJDA*, p. 273.
- Stahl, Jacques-Henry (2014), « Le rapporteur public en 2013 : après l'épreuve, ce qui change, ce qui demeure », *Revue française de droit administratif*, 2014, p.51.