L'office du juge

Paris, Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006

COMMENT TRANCHE-T-ON AU CONSEIL D'ÉTAT ?

M. Bruno GENEVOIS, Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat

Je dois, conformément aux voeux des organisateurs du colloque vous parler de « la manière dont on tranche au Conseil d'Etat ».

L'emploi du verbe trancher ne me paraît pas idéal. Il serait plus exact d'utiliser le verbe décider. Cela correspond mieux à la terminologie fixée par le code de justice administrative qui se réfère dans ses articles R. 741-5 et R. *741-6 à* la notion de « décision du Conseil d'Etat » « statuant au Contentieux ». Dans ses propres décisions, le Conseil se conforme à cette exigence, même Si le mot « arrêt » se rencontre fréquemment dans le langage courant.

Le verbe trancher a néanmoins le mérite de faire apparaître l'obligation pour le juge de prendre ses responsabilités, de statuer. Il y a là un usage pleinement entré dans les moeurs au Palais Royal, sinon au Palais Montpensier[400(*)], qui est la conséquence logique de l'article 4 du code civil. Certes, tout membre d'une formation de jugement, peut, même en l'absence de récusation, toujours se déporter et ne pas siéger dans une affaire déterminée pour un motif qui lui est personnel. Mais, dès lors qu'il siège, il est obligé d'opiner.

En raison du respect dû au principe général du droit que constitue le secret du délibéré[401(*)], je ne puis vous livrer que des informations de portée générale et impersonnelle sur le mode d'élaboration des décisions du Conseil d'Etat, statuant au contentieux. Dans la tradition juridictionnelle française, les fonctions dépassent les personnes, même s'il peut advenir que soit souligné le rôle qu'a pu jouer à un moment donné telle ou telle personnalité dans l'évolution de la jurisprudence[402(*)].

La description du mode d'élaboration des décisions du Conseil d'Etat est peu fréquente. Elle est le plus souvent le fait de membres du Conseil qui sont évidemment mieux placés que d'autres pour le faire. A cet égard, il convient de mentionner la contribution du président Labetoulle aux « Mélanges Chapus »[403(*)] et, plus récemment les conclusions du commissaire du Gouvernement Seners sur une décision du 5 octobre 2005 - Hoffer[404(*)]. Il n'est pas inintéressant de confronter les indications fournies sur la pratique suivie par le Conseil d'Etat avec celle adoptée respectivement par le Conseil constitutionnel (cf. Paul Giro - A.l.J.C. 1992, p. 249), la Cour de cassation (cf. D. Tricot «L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », JCP. 2004,1. 108), la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'Homme (cf. dans le numéro 96 de la revue « Pouvoirs » consacré aux Cours européennes, les articles de M. L. Layus et F. Simonetti « Procédure juridictionnelle; points communs et différences, p. 85 et s. » et de mon collègue H. Legal « Composition et fonctionnement des Cours », p. 65 et 5).

Entendons-nous bien, le Conseil d'Etat ne saurait affirmer que ses méthodes de travail sont les meilleures possibles et qu'elles doivent servir de référence à d'autres juridictions.

J'ai cependant la conviction qu'à l'heure actuelle les méthodes de préparation des décisions contentieuses permettent de s'assurer de leur rigueur et de leur sérieux. Je vais m'efforcer d'en faire la démonstration en suivant un plan volontairement chronologique.

Dans un premier temps, je mettrai l'accent sur l'étude du dossier en amont du délibéré. Dans un second temps, j'analyserai la prise de décision lors du délibéré et les garanties complémentaires qui accompagnent son prononcé.

I. L'ÉTUDE DU DOSSIER EN AMONT DU DÉLIBÉRÉ

Avant que ne s'ouvre le délibéré au cours duquel le Conseil d'Etat arrête sa décision, il existe un travail préparatoire dont il convient de prendre l'exacte mesure. Deux points essentiels doivent être mis en évidence. D'une part, les procédures et méthodes de traitement des pourvois varient selon le degré de difficulté. D'autre part, l'étude d'un dossier cherche à combiner de façon aussi harmonieuse que possible les examens individuels et collégiaux.

A. LA DIVERSIFICATION DU MODE DE TRAITEMENT DES DOSSIERS

Pour faire face au nombre croissant des requêtes soumises à son examen, le Conseil d'Etat a été conduit depuis une date déjà ancienne à multiplier le nombre des formations d'instruction et de jugement en son sein[405(*)]. Cette évolution s'est accélérée au cours des trente dernières années. A l'époque où j'étais Auditeur ou jeune Maître des Requêtes, mes collègues plus âgés étaient attachés à un mode de traitement uniforme des pourvois lié à une certaines idée de l'égalité entre les justiciables. Les mêmes règles de procédure s'appliquaient à tous et pouvaient même conduire à ce qu'il soit donné acte d'un désistement par une formation collégiale de jugement composée de neuf juges.

Il en va différemment aujourd'hui en raison de réformes successives remontant aux années quatre-vingts. Depuis le décret n^{0} 80-15 du 10 janvier 1980, le jugement des affaires peut être le fait d'une sous-section jugeant seule[406(*)]. La possibilité pour un président de sous-section de se prononcer par ordonnance pour donner acte des désistements, constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur un pourvoi ou rejeter des conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance remonte au décret n^{0} 84-819 du 29 août 1984[407(*)].

Présentement et abstraction faite des compétences particulières attribuées au Président de la Section du contentieux pour se prononcer par ordonnance d'une part au titre du règlement des questions de répartition de compétence internes à la juridiction administrative suivant une procédure de renvoi dont l'origine remonte à un décret du 22 février 1972[409(*)] et d'autre part, pour le règlement des référés portés directement devant le Conseil d'Etat ou en appel d'une ordonnance de référé liberté rendue en premier ressort, il existe cinq modes de règlement des pourvois.

a) En premier lieu, pour les affaires les plus simples, l'article R.122-12 du code de justice administrative ouvre la possibilité à chacun des présidents de sous-section de la Section du contentieux de régler par ordonnance les affaires les plus simples.

Initialement, comme on vient de le voir, une telle compétence avait été instituée pour la trilogie: désistement, non-lieu, irrecevabilités manifestes insusceptibles d'être couvertes. Elle vaut aussi au titre du filtrage des pourvois en cassation dans ces mêmes cas (cf. art. R. 822-5 du CJA). Cette compétence a été rendue applicable à d'autres hypothèses: rejet d'une requête ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative; rejet de requêtes irrecevables pour défaut d'avocat ou pour défaut de production de la décision attaquée, dès lors que l'intéressé s'est abstenu de déférer à une invitation à régulariser; règlement de requêtes qui ne présentent plus à juger que des questions de frais de procédure; jugement de requêtes relevant d'une série qui présentent à juger en droit des questions identiques à celles déjà tranchées par une décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux ou par un avis contentieux du Conseil[410(*)].

Dans la période récente le décret du 28 juillet 2005 et le décret du 1er août 2006 ont permis aux présidents de sous-section de décider, par voie d'ordonnance, de ne pas admettre les pourvois en cassation dans des hypothèses autres que celles relevant de la trilogie: désistement, non-lieu, irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte.

Sont désormais justiciables de cette procédure, les pourvois en cassation dirigés contre des ordonnances de référé rendues en premier et dernier ressort « lorsqu'il est manifeste qu'aucun moyen sérieux n'est invoqué ».

b) En deuxième lieu, conformément aux dispositions combinées des articles R. 122-11 et R. 122-14 du code de justice administrative, le jugement d'une affaire peut être confié à une sous-section siégeant en formation de jugement.

Il est précisé qu'elle ne peut délibérer que Si trois membres au moins ayant voix délibérative sont présents. Si l'on fait abstraction de règles de présidence ou de suppléance qui ne reçoivent application que de façon très exceptionnelle[411(*)], une sous-section jugeant seule comprend le président de la sous-section, un des deux conseillers-assesseurs, un rapporteur.

Deux catégories d'affaires, lui sont habituellement soumises. D'une part, celles pour lesquelles il est envisagé de refuser l'admission d'un pourvoi en cassation, indépendamment des cas où un tel filtrage est opéré par voie d'ordonnance sur le fondement de l'article R. 822-5 du code de justice administrative. D'autre part, celles faisant application à des circonstances de fait originales de principes déjà dégagés par la jurisprudence.

Même si la formation de jugement est réduite quant à sa composition, les affaires qui lui sont soumises ont bénéficié avant leur inscription au rôle d'un examen individuel de la part successivement, d'un rapporteur, d'un conseiller-réviseur et d'un commissaire du Gouvernement.

c) En troisième lieu, par application des dispositions conjuguées des articles R. 122-11 et R. 122-15 du code de justice administrative, les pourvois peuvent faire l'objet d'un examen par les sous-sections réunies.

Cela signifie que la formation de jugement est composée de représentants de deux sous-sections. Les sous-sections réunies siègent sous la présidence du président ou de l'un des trois présidents-adjoints de la section du contentieux. Elles comprennent quatre membres affectés à la sous-section sur le rapport de laquelle les affaires sont examinées: le président de la sous-section, les deux Conseillers d'Etat assesseurs et le rapporteur en charge d'un ou plusieurs dossiers. Siègent

également, le président et les deux assesseurs de la sous-section jumelée avec celle qui rapporte, ainsi qu'un représentant des sections administratives qui a fait l'objet antérieurement d'une désignation par l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Il y a donc au total neuf membres, ce qui est un chiffre relativement élevé. Ces juges ont l'habitude de travailler ensemble car le jumelage des sous-sections a vocation à se pérenniser jusqu'au jour où le président de la Section décide de le modifier. Le quorum imposé par les textes est de cinq membres. L'imparité est une règle absolue. Si un membre se déporte, la formation de jugement est alors complétée en faisant appel à un rapporteur présent en sus de celui déjà en charge du dossier[412(*)].

A l'instar de ce qui existe pour la sous-section jugeant seule, une affaire soumise à la délibération des sous-sections réunies a fait l'objet au préalable de trois examens individuels incombant respectivement au rapporteur, au réviseur et au commissaire du gouvernement.

Il s'y ajoute, et c'est essentiel, un examen par la sous-section en charge du rapport, au cours d'une séance d'instruction. Il y a donc eu trois études individuelles du dossier et un examen collégial avant la séance de jugement.

d) En vertu de l'article R. 122-18 du code, la section du contentieux en formation de jugement comprend dix sept membres, à savoir: le président de la section, les trois présidents-adjoints, les présidents de sous-section, lesquels sont au nombre de dix, deux Conseillers d'Etat représentant les sections administratives désignés au début de chaque année par l'assemblée générale et le rapporteur de l'affaire.

L'imparité est là encore une règle absolue. Des règles de suppléance sont prévues. Le quorum est de neuf membres au moins. Sont examinées par la Section, toutes les affaires présentant une difficulté juridique particulière ou conduisant à une orientation nouvelle de la jurisprudence, pour autant qu'il n'est pas jugé opportun de les porter au rôle de l'assemblée du contentieux.

Il est à souligner que dans la période récente, le souci du Conseil d'Etat de ne pas donner prise à des contestations touchant à l'exercice de sa double mission de conseiller en matière administrative et de juge[413(*)] a conduit à ce que soient examinées par la Section du contentieux des pourvois qui, en d'autres temps, auraient été plus normalement soumis à l'examen de l'assemblée du contentieux, ceci afin d'éviter que siègent au sein de la formation de jugement des membres du Conseil ayant eu à prendre position sur les mêmes questions au sein de l'assemblée générale administrative[414(*)].

e) L'assemblée du contentieux est la formation de jugement la plus élevée. Selon l'article R. 122-20 du code de justice administrative elle comprend: le Vice-président du Conseil d'Etat qui la préside, les six présidents de Section les trois présidents-adjoints de la section du contentieux, le président de la sous-section sur le rapport de laquelle l'affaire est jugée, le rapporteur.

Le quorum est de neuf membres. En cas de partage égal des voix celle du président est prépondérante.

L'assemblée a vocation à rendre des décisions de principe portant sur les questions les plus délicates sur le plan juridique, qu'elles aient ou non un certain retentissement sur le plan politique.

S'il a été parfois affirmé que seule l'assemblée pourrait infléchir une position antérieurement prise par le Conseil d'Etat dans ses formations administratives, une telle exigence n'a jamais revêtu de

caractère absolu et est de plus en plus fréquemment mise à l'écart. En particulier, lorsque l'instruction contentieuse menée contradictoirement fait apparaître que la formation administrative du Conseil consultée n'a pas apprécié dans toutes leurs implications certaines questions, l'examen par l'assemblée du contentieux ne s'impose pas[415](*).

Le recensement des différentes formations de jugement ne doit pas faire perdre de vue un aspect essentiel. Dès lors qu'il y a jugement par une formation collégiale le mode de traitement des dossiers cherche à combiner des examens individuels et des examens collégiaux.

B. DES EXAMENS INDIVIDUELS ET COLLÉGIAUX QUI S'ADDITIONNENT ET S'ENRICHISSENT

Dans sa contribution au numéro de la revue « Pouvoirs » consacré aux « Cours européennes » dont il a été déjà fait mention, Hubert Legal, qui a été successivement commissaire du Gouvernement à la section du contentieux puis référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, concluait en ces termes: « certaines formules favorisent ipso4acto un fonctionnement collégial de l'instance, garanti par la solidarité des juges, qui correspond à la tradition des juridictions françaises, particulièrement au Conseil d'Etat, alors que d'autres encouragent la libre expression d'opinions séparées ou divergentes - qui confèrent à l'office du juge une toute autre coloration, directement inspirée de la tradition anglo-saxonne »[416](*).

Je suis tout à fait d'accord avec l'opinion ainsi émise. Il existe au sein du Conseil d'Etat une « solidarité des juges » qui est encouragée par le rôle dévolu à chaque intervenant dans la chaîne de traitement d'un dossier.

a) Au départ, après une instruction écrite et contradictoire d'un pourvoi, celui-ci est attribué à un membre du Conseil d'Etat ayant la qualité de rapporteur, par le président de la sous-section auprès de laquelle il est affecté. L'étude du dossier lui incombant se concrétise par la rédaction des visas de la future décision (résumé du contenu des mémoires des parties et énoncé des textes dont il est fait application> d'une note, encore appelée rapport, qui analyse les données de droit et de fait du litige et la solution proposée ainsi que d'un projet de décision.

b) Le dossier est, en cet état, transmis au président de la sous-section qui peut décider, soit de réviser lui-même le dossier, soit de confier cette tâche à l'un des deux Conseillers d'Etat remplissant au sein d'une sous-section les fonctions d'assesseur du président.

Le réviseur tire profit des analyses et recherches accomplies par le rapporteur et procède à une étude complémentaire du dossier. Au terme de cet examen, il pourra partager le sentiment du rapporteur ou au contraire s'en séparer en tout ou en partie. Lorsque le réviseur est d'accord avec le rapporteur et a le sentiment que le litige ne soulève pas de difficulté particulière, le dossier peut faire l'objet d'une transmission directe à un commissaire du Gouvernement en vue de son inscription à un rôle de la sous-section en formation de jugement.

c) Tout dossier complexe ou pour lequel il existe entre le rapporteur et le réviseur des divergences d'appréciation plus ou moins nettes sera débattu lors d'une séance d'instruction de la sous-section en présence du commissaire du Gouvernement. Après audition du rapport du rapporteur et des observations du réviseur, la sous-section arrête un projet de décision. Elle peut aussi décider de compléter l'instruction, soit en communiquant aux parties un moyen susceptible d'être relevé

d'office, soit en provoquant des observations de la part d'un nouveau département ministériel, soit encore en demandant au rapporteur une recherche complémentaire sur un point précis. Si tous les membres de la sous-section présents à la séance d'instruction peuvent prendre part à la discussion, ont seuls voix délibérative lors de l'adoption du projet, le président, les assesseurs et le rapporteur de l'affaire. En cas de partage, la voix du président n'est pas prépondérante. Il est fait appel à un départageur qui est le rapporteur présent le plus ancien dans l'ordre du tableau.

d) Sauf Si un supplément d'instruction a été ordonné, le dossier est ensuite transmis au commissaire du Gouvernement qui après analyse se forge sa propre conviction. S'il entend se séparer en tout ou en partie de la position de la sous-section, il est d'usage qu'il expose son point de vue lors d'une séance d'instruction ultérieure. Le bref débat qui s'engage alors peut conduire à rapprocher les opinions en présence ou à dégager une solution intermédiaire, mais pas nécessairement.

e) Ainsi, lorsque le dossier est inscrit au rôle d'une séance de jugement, il a fait l'objet d'une étude très approfondie. Il est d'usage que toute partie qui en formule la demande obtienne du commissaire du Gouvernement la veille ou l'avant-veille de la séance, communication du sens général des conclusions de ce dernier. L'information donnée à ce titre peut être le prélude soit à une plaidoirie, soit à la présentation, postérieurement au prononcé des conclusions du commissaire, d'une note en délibéré. En raison du fait que le principe du caractère contradictoire de la procédure a déjà trouvé son expression dans un échange de mémoires écrits, les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ne plaident que très rarement.

Lorsque la parole leur est donnée à l'audience, après lecture des visas par le rapporteur et avant que le commissaire du Gouvernement ne prononce ses conclusions, ils se bornent dans l'immense majorité des cas à se référer à l'instruction écrite.

L'audition des conclusions du commissaire en séance publique présente un intérêt non seulement pour les parties, qu'elles soient ou non représentées à l'audience par un avocat aux Conseils, mais aussi et surtout pour l'ensemble des membres de la formation de jugement. Si certains de ses membres ont déjà examiné telle ou telle affaire du rôle comme rapporteur, réviseur ou dans le cadre de la séance d'instruction, il n'en est pas ainsi pour les autres personnes qui siègent au sein du collège. L'audition des conclusions permet d'avoir une vision plus complète du litige que la seule lecture du projet de décision soumis à la délibération.

Pour compléter le panorama de la procédure, il est indispensable de traiter du délibéré et de ses suites.