



HAL
open science

Une réflexion sur une nouvelle procédure juridictionnelle pour empêcher la capture du juge

Thomas Perroud, Benjamin Pouchoux

► To cite this version:

Thomas Perroud, Benjamin Pouchoux. Une réflexion sur une nouvelle procédure juridictionnelle pour empêcher la capture du juge. La déontologie des juges en France. État des lieux et propositions d'avenir, A paraître. hal-03211523

HAL Id: hal-03211523

<https://hal.science/hal-03211523v1>

Submitted on 28 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Une réflexion sur une nouvelle procédure juridictionnelle pour empêcher la capture du juge

Thomas Perroud, professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (CERSA)

Benjamin Pouchoux, docteur en droit public de l'Université Panthéon-Sorbonne (ISJPS, UMR 8103)¹

*

Introduction :

Nous souhaiterions ici porter un regard différent sur la question de la déontologie des juges, en posant la question sous l'angle de la capture. Il s'agit en effet d'une autre façon de réfléchir au même problème : comment s'assurer que les juges se comportent bien comme un tiers impartial vis-à-vis des parties ? La capture du juge correspond à ce que les économistes ont appelé dans les années soixante la capture du régulateur. Les économistes ont en effet mis en évidence que l'action des régulateurs américains n'était pas alignée avec l'intérêt général, mais qu'au contraire elle était biaisée en faveur d'un acteur sur le marché, l'acteur historique. La même hypothèse pourrait être formulée à l'égard du juge : et si le juge ne décidait pas dans l'intérêt général, mais dans l'intérêt d'une partie ? Il est à cet égard commun de dire que l'appréciation du juge administratif est biaisée en faveur de l'administration. Le juge administratif serait ainsi capturé par cette dernière.

La capture décrite par les théories économiques pouvant procéder d'une asymétrie informationnelle au détriment du régulateur, la transposition de cette notion dans le champ juridique permettrait d'appréhender des causes de dysfonctionnement de l'institution juridictionnelle que les analyses se focalisant sur la déontologie, l'impartialité ou même le caractère équitable de la procédure laissent de côté. L'intérêt de recourir à cette notion apparaît effectivement en essayant de saisir plus précisément ce que cette situation recouvre s'agissant du juge.

Pour ce faire, il faut partir des conditions dans lesquelles il doit en principe exercer les prérogatives qui lui ont été dévolues. Il faut alors se rappeler que pour le juge administratif, l'instance se présente comme un chemin balisé dont la destination lui est imposée, comme d'ailleurs pour tout autre juge même si le caractère inquisitorial de la procédure lui donne *a*

¹ Les auteurs aimeraient remercier Olga Mamoudy, Caroline Lantero et Catherine Teitgen-Colly pour les échanges sur cet article et leurs conseils. Toutes les erreurs sont imputables aux auteurs.

priori une certaine latitude. Sauf à commettre un déni de justice, il doit effectivement trancher le litige dont il est saisi en faisant respecter le droit applicable tout en veillant à rester, au cours de l'instance, à équidistance de chacune des parties, mais aussi fidèle aux objectifs poursuivis par les autorités dont il doit faire respecter la production normative et avec lesquelles il entretient finalement une relation similaire à celle unissant l'agent au principal dans la théorie de l'agence. Cela n'est alors pas toujours évident pour lui. L'application de ces normes, qui furent en principe adoptées au bénéfice d'une collectivité donnée — qu'elle soit ou non nationale — et au terme d'un arbitrage entre des intérêts potentiellement divergents — qu'ils soient nationaux ou non nationaux, mais aussi publics ou privés —, peut parfois le placer, lui qui doit déjà se plier à un exercice d'équilibriste entre les parties, dans une situation délicate². Empêcher la « capture » du juge administratif impliquerait donc de le protéger contre tout ce qui pourrait — et éventuellement lui-même — le détourner de cette route qui prend parfois la forme d'une ligne de crête.

Cela suppose, notamment, de s'intéresser à la qualité du débat contentieux au terme duquel il rend sa décision. En effet, si « capturer » le juge administratif n'est pas la même chose qu'emporter son adhésion — pour prendre à dessein un terme large — après un échange équitable d'arguments, cela peut être en revanche le cas lorsque les termes de ce débat, en provoquant une asymétrie informationnelle, ne lui permettent pas de se prononcer en toute connaissance de cause. Il en va évidemment ainsi lorsqu'il y a une monopolisation du débat contentieux par l'une des parties à cause d'une atteinte aux droits issus du principe de la contradiction ou à l'égalité des armes. Toutefois, tel peut être aussi le cas lorsque ce débat, quoiqu'étant contradictoire et équitable, est cadré de telle façon par les parties qu'il ne peut percevoir tous les enjeux du litige. En effet, s'il veut demeurer fidèle aux vues de l'autorité dont il est chargé de faire respecter la production normative, le juge ne doit pas ignorer l'ensemble des intérêts entre lesquels elle dût arbitrer à cause de la vision étroite que lui imposeraient des parties se focalisant sur leur propre situation litigieuse. Il ne doit pas non plus se laisser brider par la représentation que celles-ci donneraient de l'intérêt que cette autorité a entendu poursuivre, y compris lorsque l'une de ces parties n'est autre que l'administration elle-même. Cette dernière, même si elle passe pour la défenseure attitrée de

² Les fameux « rapports de systèmes », pour ne prendre que cet exemple, peuvent ainsi apparaître comme des conflits de fidélités pour celui qui est à la fois juge de droit commun de la Constitution, de l'Union européenne, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et du droit international général.

l'intérêt général, n'est effectivement pas la seule habileté à le définir³. Un ancien vice-président du Conseil d'État mettait d'ailleurs en garde, dans une formule demeurée célèbre, contre cette illusion trompeuse qui voudrait faire croire que l'intérêt général se confond avec la personne de l'administration défenderesse⁴ et à laquelle le juge administratif, compte tenu de la nature des litiges qu'il doit trancher, serait le plus souvent exposé.

Il serait aussi possible d'aller plus loin et de considérer qu'il peut y avoir une « capture » du juge administratif non pas en raison des conditions dans lesquelles les parties tentent d'emporter son adhésion, mais en raison du contenu même des arguments qu'elles emploient à cet effet⁵. Dit autrement, il y aurait aussi « capture » du juge dès lors qu'il adhérerait à un argument qui le conduit à le distraire du raisonnement qu'il doit en principe suivre trancher le litige dont il est saisi. Parmi les arguments permettant d'emporter l'adhésion du juge, certains auteurs semblent ainsi estimer qu'il faudrait faire le tri entre ceux destinés à le convaincre, par la raison, et ceux destinés à le persuader — pour reprendre une distinction classique⁶ — et tendent à stigmatiser la « rhétorique » qui, selon la définition qu'en donnent les auteurs, se trouve parfois associée aux seconds⁷ ou encore les « manipulations dialectiques »⁸. Il reste qu'une telle hypothèse de capture n'est pas aisée à apprécier ou plutôt que son appréciation ne fait pas forcément l'unanimité. Elle suppose effectivement de s'entendre sur ce que doit être le raisonnement juridique, ou du moins celui du juge lorsqu'il rend une décision⁹, ce que serait un argument « juridique » auquel il pourrait valablement adhérer et, *in fine*, sur une ontologie du droit¹⁰. Sans qu'il soit besoin d'aller jusqu'à réduire le

³ Cette dissociation, propice à la trahison, entre l'autorité auteure de la norme et celle chargée de la défendre se manifeste, par exemple, devant le Conseil constitutionnel lorsque Gouvernement se retrouve à défendre — ou non — la loi contestée (V. T. Perroud, « Le Conseil constitutionnel contre la transparence », Blog Jus Politicum, 16 décembre 2016).

⁴ « Un des dangers du pouvoir juridictionnel est de ne pas apercevoir que, dans un litige entre l'administration et un particulier, il n'y a pas seulement des plaideurs face à face ; il y a un troisième personnage : l'intérêt général. Au prétoire, c'est le juge seul qui est à même d'apprécier cet intérêt général, et c'est en ayant la charge qu'il peut en prendre la mesure » (Pierre NICOLAY, entretien avec André Passeron, « Le Monde », 2 avril 1985).

⁵ Le terme « argument » étant alors employé au sens large, c'est-à-dire non contentieux.

⁶ Distinction que ne fait toutefois pas Mme Marie-Laure Mathieu en reprenant les travaux de M. Philippe Breton (Marie-Laure MATHIEU, *Logique et raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2^e édition, 2015, p. 357-358).

⁷ Marie-Laure MATHIEU, *op.cit.*, p. 360.

⁸ Pascal SOURIS, *Manipulation dialectique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3.

⁹ Et non ce qu'il est habituellement ou comment il s'exprime ou doit s'exprimer dans la motivation de sa décision ou même — ce qui est encore une autre question — est-ce que ce raisonnement, qu'il permette d'aboutir à une conclusion certaine ou seulement probable pour reprendre la distinction de Mme Véronique Champeil-Desplats (Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e édition, 2016, p. 363-371), est « propre » au droit.

¹⁰ Pour un bref panorama des différentes positions sur un vaste sujet, V. Stéphane CAPORAL, « Qu'est-ce qu'un argument juridique ? Réflexion sur l'argumentation doctrinale », in Caroline REGAD (dir.), *Aux limites du droit*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit public, 2016, p. 283.

raisonnement juridictionnel à la forme syllogistique¹¹ et le procès un lieu de démonstration et non d'argumentation¹², il est au moins possible de convenir que l'activité de juger suppose, en tant que « raisonnement », que le juge ne fasse usage que de sa « raison » pour se prononcer même si ce n'est que pour aboutir à une solution « raisonnable » et non « rationnelle » pour reprendre la distinction de Perelman. Il faut donc aussi considérer qu'il y a « capture » du juge lorsque sa décision est dictée par ses sentiments personnels, que les parties d'ailleurs les aient ou non suscitées, et qu'il convient de l'empêcher quel que soit le sens de la décision à laquelle ce raisonnement vicié pourrait aboutir.

En résumé, empêcher la « capture » du juge ne signifie ni garantir sa liberté totale, ni interdire d'emporter son adhésion en sollicitant sa raison. Cela reviendrait plutôt à écarter tout ce qui pourrait le détourner de son but, c'est-à-dire parvenir à l'extinction de l'instance avec une décision conforme au droit en vigueur, ou encore perturber l'exercice d'équilibriste qui lui est imposé en l'attirant hors de ces sentiers où il doit se trouver à égale distance de chacune des parties du litige qui l'accompagnent et, par leurs échanges, contribuent à sa réflexion sur la solution à retenir pour trancher le litige qui lui est soumis.

Les juridictions administratives semblent alors particulièrement exposées à ce risque de capture et vulnérables face à lui compte tenu, d'une part, de la marge d'appréciation relative que la procédure inquisitoriale leur ménage et, d'autre part, des différentes situations de conflits d'intérêts dans lesquelles leurs membres, en particulier ceux du Conseil d'État, peuvent se trouver. En effet, d'autres intérêts publics sont susceptibles d'interférer dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, que ce soit à cause de leurs activités de consultation auprès de l'administration active dans le cadre de formations dédiées ou non, voire de leur participation à cette dernière, de leur implication dans la vie politique partisane ou encore de leurs fonctions au sein d'autorités administratives ou publiques indépendantes et de juridictions spécialisées, mais aussi des intérêts privés qui sont charriés par la pratique du « pantouflage »¹³ ou des activités de consultation auprès du secteur privé.

Ainsi entendue, la capture du juge administratif semble pouvoir être empêchée grâce, notamment, au respect des exigences traditionnelles d'indépendance, d'impartialité — entendue dans son sens « subjectif » et « objectif » ou plutôt « personnelle » et

¹¹ Ce qui semble être la vision de M. Pascal Souris puisqu'il oppose la forme idéale du raisonnement syllogistique aux « manipulations dialectiques ».

¹² Sur cette distinction, V. Marie-Laure MATHIEU, *op.cit.*, p. 358.

¹³ Catherine TEITGEN-COLLY, « Déontologie et pantouflage dans la haute fonction publique: l'exemple du Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Marcou*, Paris, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne — André Tunc, 2017, p.1115

« fonctionnelle »¹⁴ — pesant sur le juge, mais aussi — car cela n'est pas suffisant — grâce au caractère équitable de la procédure juridictionnelle. Ces différentes exigences, qui sont d'ailleurs liées entre elles¹⁵, peuvent être elles-mêmes garanties grâce aux différentes règles encadrant directement ou indirectement la « procédure juridictionnelle », c'est-à-dire l'enchaînement des actes permettant d'aboutir à l'entrée en vigueur d'un acte juridictionnel¹⁶. Il conviendra donc de s'intéresser ici, d'une part, aux règles procédurales juridictionnelles, c'est-à-dire à l'ensemble des règles encadrant les droits et les obligations des parties et du juge pour le règlement d'une instance donnée ainsi que le déroulement de la procédure juridictionnelle¹⁷; mais aussi, d'autre part, aux règles relatives à la structure de l'institution devant laquelle se déroulent ces procédures, c'est-à-dire celles qui ont trait ici à l'organisation des juridictions, à la composition des formations de jugements, aux statuts des magistrats y siégeant, ou plus largement aux obligations pesant sur eux en dehors de l'exercice de la fonction juridictionnelle et qui, par commodité, pourraient être qualifiées d'obligations non juridictionnelles¹⁸. Il peut évidemment exister des liens entre ces règles « procédurales » et « structurelles », la qualité de la procédure juridictionnelle pouvant dépendre des conditions dans lesquelles elles se déroulent et inversement¹⁹.

¹⁴ Sur cette distinction, plus pertinente, entre les causes de l'impartialité : V. Méline DOUCHY-OUODOT, Véronique MAGNIER, Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND, Cécile CHAINAIS, Xavier LAGARDE, Laurence SINOPOLI, Jean-Marc SOREL, Constantin DELICOSTOPOULOS, Ioannis DELICOSTOPOULOS, Hélène RUIZ-FABRI, *Droit processuel*, Dalloz, Paris, coll. Précis, 11^e édition, 2021, n° 493, p. 936-940.

¹⁵ En effet, l'« indépendance » apparaît comme l'une des garanties de son impartialité. Il existe aussi des rapports entre l'exigence d'impartialité et le caractère équitable de la procédure qui diffèrent toutefois selon les composantes du droit à un procès équitable tel qu'il est entendu au niveau européen. Ainsi, l'impartialité apparaît parfois comme une garantie pour certaines composantes du droit à un procès équitable et certaines de ces composantes apparaissent elles parfois comme une garantie de l'impartialité. Par exemple, tandis que l'exigence de motivation, qui est une déclinaison de la publicité et une composante du droit à un procès équitable, apparaît comme une garantie de l'exigence d'impartialité, l'égalité des armes, autre composante du droit à un procès équitable, semble, pour sa part, garantie, en partie, par l'impartialité de la juridiction (*comp.* Loïc CADIET, Jacques NORMAND, Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF coll. Thémis droit, 2020, n° 289, p. 553).

¹⁶ Pour retenir une définition inspirée de celle que donne Jacques Normand dans le *Dictionnaire de la justice* à l'entrée « procédure » (*comp.* Jacques NORMAND, « Procédure », in Loïc CADIET [dir.], *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2004, p. 1053).

¹⁷ L'application de ces règles peut alors être conditionnée par la présence ou à l'absence de certains éléments au sein de la situation litigieuse, c'est-à-dire dire dépendre de l'objet du litige ou encore de l'identité ou de la qualité des parties.

¹⁸ La mise en œuvre de ces obligations non juridictionnelles peut alors être encadrée par des règles procédurales non juridictionnelles comme, par exemple celles fixant la procédure de dépôt d'une déclaration d'intérêts ou de patrimoine auprès d'une autorité donnée.

¹⁹ Ainsi, la mise en œuvre des facultés et des obligations posées par les règles procédurales peut servir à garantir l'effectivité des règles relatives à la structure de l'institution juridictionnelle. Tel est le cas, par exemple, de la mise en œuvre des obligations de départ par le juge, de la mise en œuvre de la faculté de récusation par les parties ou encore l'exercice par ces dernières d'un recours en révision contre la décision ayant été rendue par une formation de jugement dont la composition est irrégulière (V. 3^o de l'article R. 834-1 du CJA). Dans le même ordre d'idées, ces deux types de règles peuvent concourir concomitamment au respect d'exigences qui, comme l'impartialité, permettent d'éviter, au moins partiellement, la capture du juge.

En considérant les règles procédurales et structurelles, il est possible d'observer un mouvement continu de protection du juge administratif face au risque de « capture », mais qui, malgré les différents satisfecit qui ont pu être délivrés par les juridictions nationales et européennes demeure inachevé (I) et qu'il est donc souhaitable — autant que possible à droit constitutionnel constant — de poursuivre (II).

I- Un risque de capture toujours persistant

En dépit des réformes engagées sur le plan structurel (A) comme procédural (B), la procédure juridictionnelle ne semble toujours pas à même d'empêcher le risque de capture du juge administratif.

A- Les réformes engagées sur le plan structurel

Si des réformes structurelles ont été engagées pour prévenir les risques de capture (1). Ces efforts doivent, à en juger à une étude de cas, être poursuivis (2).

1- L'affirmation de l'impartialité dans la procédure juridictionnelle

Les dispositifs juridiques permettant de prévenir la capture du juge n'ont cessé de s'affirmer au moins depuis le début des années 2000.

Les règles déontologiques s'appliquant aux juges n'ont ainsi cessé de se multiplier. La juridiction administrative s'est dotée, dès 2011, d'une Charte de déontologie²⁰ qui reprend l'ensemble des droits et des devoirs des magistrats administratifs. Ce mouvement a été renforcé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui a consacré cette évolution, avec un titre IV entièrement consacré aux magistrats des juridictions administratives et financières. La loi consacre de nouvelles obligations, inscrites dans le Code de justice administrative et notamment son article L. 131-3 : « les membres du Conseil d'État veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts. » Elle consacre aussi le Collège de déontologie — créé en 2012 —, au sein du Conseil d'État pour rendre des avis sur les questions que les membres de la juridiction administrative pourraient avoir concernant leurs activités. Il peut aussi être saisi par certaines autorités spécifiques des juridictions administratives²¹. Il peut enfin formuler des recommandations de son propre chef. La

²⁰ La Charte est disponible à cette adresse : <https://www.conseil-etat.fr/content/download/156277/file/charte-deontologie-septembre2020.pdf>.

²¹ Le vice-président du Conseil d'État, les présidents de section du Conseil d'État, le secrétaire général du Conseil d'État, le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

prévention des conflits d'intérêts dans le cadre des fonctions est une fonction importante de la Charte et de ce collège.

Ce mouvement ne vient pas du Conseil d'État lui-même, mais lui a été imposé par la société civile, au contentieux bien souvent. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme a permis de catalyser les problèmes de cumuls, au nom de la théorie des apparences. Le cumul a pu poser deux types de questions. En outre, dans le fonctionnement de la juridiction, le statut du commissaire du gouvernement, maintenant rapporteur public²², et plus précisément sa participation au délibéré, a dû être réformé. Le cumul des fonctions consultative et juridictionnelle²³ a également pu poser une difficulté que le Code de justice administrative a tenté de régler en encadrant le cumul des fonctions administrative et juridictionnelle afin d'éviter tout sentiment de préjugement²⁴.

Ces évolutions ne sont toutefois pas suffisantes pour supprimer tout risque concernant l'impartialité du juge administratif. Des difficultés persistantes trouvent une illustration dans l'affaire Jean Bouin²⁵.

2- Les limites

L'affaire Jean Bouin est intéressante à étudier précisément car elle a mis à jour certains angles morts de la procédure juridictionnelle concernant le traitement des conflits d'intérêts. L'affaire pose au départ un problème d'impartialité de l'autorité administrative lorsque celle-ci attribue des privilèges d'occupation du domaine public. En l'occurrence, il s'agissait du contrat d'occupation des dépendances du domaine public constituées du stade Jean Bouin et des terrains de tennis situés dans le 16^e arrondissement de Paris. La question juridique portait sur la qualification du contrat en cause : s'agissait-il d'un contrat d'occupation du domaine public non soumis à procédure de publicité et de mise en

²² Les critiques de la Cour européenne des droits de l'Homme sont contenues dans arrêts Kress (CEDH 7 juin 2001, Kress c. France, n°39594/98) et Martinie (CEDH, Grande chambre, 12 avril 2006, Martinie c. France, n°58675/00). Il a donc été précisé dans le décret du 1er août 2006 (Décret n° 2006-964) que le commissaire du Gouvernement n'assiste plus au délibéré des tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel et qu'au Conseil d'État, les parties peuvent demander qu'il n'y assiste pas. V. J.-M. Sauvé, Le rapporteur public dans la juridiction administrative, Discours du 28 juin 2016 (Disponible ici : https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-rapporteur-public-dans-la-juridiction-administrative#_ftn6).

²³ CEDH, 28 sept. 1995, Procola c/ Luxembourg, req. n° 14570/89 ; 6 mai 2003, Kleyn et autres c/ Pays-Bas, req. n° 39343/98.

²⁴ V. Par exemple, article R122-21-3 du CJA créé par l'article 23 du décret n°2011-1950 du 23 décembre 2011 : « Les membres du Conseil d'État qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'État ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis. »

²⁵ Conseil d'État, Sect., 3 décembre 2010, n° 338272.

concurrence ou d'un contrat de délégation de service public soumis, lui, à une procédure de publicité et de mise en concurrence ?

Dans le volet « urgence » de l'affaire, la société Paris Tennis souhaitait la suspension de la décision d'attribution du contrat²⁶. Le jugement à cette occasion a mis au jour un type de conflit d'intérêts spécifique puisque le rapporteur public dans cette affaire avait été un soutien politique du Maire de Paris lors du congrès du Parti socialiste à l'automne 2008²⁷. En outre, la requérante contestait au fond le fait que la même sous-section impliquée dans le jugement du volet urgence soit encore impliquée dans le jugement au fond (il s'agissait de la 8^e sous-section). La société requérante contestait aussi le fait que des membres de la formation de jugement avaient commenté au BJCP les différentes étapes de l'affaire. On touche ici au problème du cumul de fonctions doctrinale et juridictionnelle, qui est moins mis en évidence²⁸. Il reste donc des zones d'ombre dans les multiples activités des magistrats administratifs.

En outre, parallèlement, on constate une érosion du principe de collégialité. La collégialité est pourtant le meilleur moyen de garantir l'intégrité de la formation de jugement. Ce principe est consacré par l'article L. 3 du Code de justice administrative, lequel dispose que « les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est disposé autrement par la loi ». Il a cependant connu dans la période récente de multiples attaques, pour permettre une diminution du stock d'affaires. Les hypothèses de jugement à juge unique sont désormais multiples²⁹.

Les aspects structurels sont donc importants pour comprendre comment une procédure permettant de prévenir les situations de capture pourrait être mise en place. Des marges de progression existent bien.

B- Les réformes engagées sur le plan procédural

Si certaines réformes sur le plan procédural, en contribuant à garantir la qualité du débat contentieux devant un juge administratif impartial, permettent d'empêcher la capture de ce dernier (1), elles s'avèrent toutefois encore insuffisantes (2).

²⁶ Conseil d'État, 13 janvier 2010, Association Paris Jean Bouin — Ville de Paris, n° 329576.

²⁷ B. Jérôme, Le Conseil d'État donne raison à M. Delanoë dans l'affaire du stade Jean-Bouin, *Le Monde*, 14 janvier 2010.

²⁸ Sur les autres aspects de l'affaire : D. Foing, *Comptes et Légendes de Paris*, Denoël, 2011.

²⁹ Victor Haïm, Formations de jugement — Composition des formations de jugement, in *Répertoire du contentieux administratif*. Les exceptions à la collégialité sont détaillées n° 38 et suiv..

1- Les règles procédurales empêchant la capture du juge

Les règles procédurales peuvent tout d'abord réduire le risque de capture des membres de la juridiction administrative lorsqu'elles permettent de garantir l'impartialité de tiers — comme l'expert — dont ils sollicitent le concours³⁰. Même si elles semblent empêcher plus l'édiction d'une décision par des juges capturés que leur capture elle-même, il en va de même de celles qui imposent aux magistrats des obligations de déport et ouvrent aux parties la faculté de les récuser dans la mesure où elles viennent assurer l'effectivité d'une partie des règles structurelles précédemment évoquées ayant trait à l'exigence d'impartialité des formations de jugement. À cet égard, les motifs de mise en œuvre de ces règles procédurales se sont d'ailleurs étendus à mesure que cette exigence d'impartialité se fit plus prégnante en interdisant à nouveau expressément aux membres du Conseil d'État de statuer sur les recours dirigés contre les actes dont ils auraient connu en formation consultative³¹ et, plus largement, mais aussi plus vaguement, aux juges de siéger « dans une situation de conflits d'intérêts »³².

Des réformes procédurales ont aussi contribué à l'amélioration de la qualité du débat contentieux. Ainsi, la possibilité reconnue au juge d'inviter un *amicus curiae* « à produire des observations d'ordre général sur les points qu'[il] détermine »³³, lui permet d'ouvrir le débat et de mieux cadrer les enjeux du litige dont il est saisi. De même, la faculté offerte aux parties de répondre lors de l'audience aux conclusions du rapporteur public³⁴ dont le sens doit leur avoir été communiqué au préalable dans un délai raisonnable³⁵, contribue à l'amélioration du caractère contradictoire et équitable de la procédure.

Il faut enfin noter les évolutions réalisées s'agissant de la publicité de la procédure qui constitue pour les juges une contrainte susceptible d'empêcher leur capture. Celles-ci se sont surtout manifestées au niveau de la mise en œuvre de l'obligation de motivation pesant sur les juridictions³⁶. Le caractère traditionnellement concis et parfois obscur de cette motivation fut ainsi en partie corrigé aussi bien de manière sectorielle avec, dans certains contentieux, la remise en cause législative³⁷ du principe de l'économie des moyens et des tempéraments

³⁰ Sur la faculté de récusation de l'expert, V. Art. R. 621-6 et s du CJA.

³¹ Art. R. 122-21-1 du CJA.

³² Art. L. 131-9 et L. 231-4-3 du CJA.

³³ Art. R. 625-3 du CJA.

³⁴ Art. R. 732-1 et R. 733-1 du CJA

³⁵ Art. R. 711-3 du CJA tel qu'interprété par CE, Sect. 21 juin 2013, n°352427.

³⁶ Art. L.9 du CJA.

³⁷ Art. L. 600-4-1 du code de l'urbanisme.

jurisprudentiels de ses inconvénients³⁸ que, de manière générale, avec l'adoption, au terme d'une réflexion engagée en 2010 sous l'impulsion de M. Jean-Marc Sauvé, d'une nouvelle rédaction des décisions de justice à compter du 1^{er} janvier 2019.

Force est toutefois de constater, pour rester sur les exemples évoqués, que ce mouvement de réforme reste au milieu du gué.

2- Les limites actuelles des règles de procédure

Ainsi, les conditions de mise en œuvre de l'obligation de déport ou de la faculté de récusation ne semblent pas toujours à même d'empêcher la capture du juge. Ainsi, les dispositions du code de justice administrative semblent laisser de côté les actes contestés par voie d'exception. Rien — si ce n'est peut-être le fait de considérer qu'il s'agit nécessairement d'une situation de « conflit d'intérêts » — ne semble donc interdire à un membre du Conseil d'État de siéger lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est dirigée contre une disposition législative dont il avait eu à connaître en formation consultative. Le Conseil d'État lui-même ne facilite pas toujours la mise en œuvre de la récusation, par exemple lorsqu'il estime que rien n'impose d'informer, avant l'audience, les parties en cas de changement d'un rapporteur public empêché³⁹. Enfin, n'étant pas à proprement parler un « expert », l'*amicus curiae*, dont l'apport s'avère finalement ambivalent, ne peut être visé par une telle demande.

En tout état de cause, les juridictions semblent avoir usé avec parcimonie de ce dernier instrument. La qualité du débat contentieux n'a ensuite qu'en partie bénéficié de la faculté offerte aux parties de répondre à l'audience aux conclusions du rapporteur public puisque celle-ci a été réservée, devant le Conseil d'État, aux avocats aux Conseils⁴⁰ introduisant un déséquilibre entre les parties représentées et non représentées et, par là même, un risque de capture.

Quant à la publicité, si elle a progressé grâce à une meilleure lisibilité des décisions, la juridiction administrative a quand même toujours du mal à se défaire de la tradition de l'*imperatoria brevitatis*, en particulier d'ailleurs pour le traitement des demandes de récusation⁴¹. Le passage au style direct ne fait effectivement pas tout. La restitution de

³⁸ V. par ex., CE, Sect., 21 décembre 2018, n° 409678 ; CE., 5 avril 2019, n° 413712.

³⁹ CE, 10 juillet 2015, 371469.

⁴⁰ V. Art. R. 733-1 du CJA.

⁴¹ Saisi dans le cadre d'une demande d'avis contentieux de la question de savoir, notamment, quel devait être le niveau de motivation d'une décision se prononçant sur une demande de récusation d'un expert, le Conseil d'État n'a pas entendu imposer le recours à une motivation approfondie mais plutôt adaptée afin de tenir compte des

l'examen des écritures des parties demeure bridée par le principe d'économie des moyens, qui n'est en réalité vraiment remis en cause que dans une partie du contentieux de l'annulation, mais aussi, et surtout, par la distinction entre les moyens et les « arguments », le juge estimant qu'il n'est tenu de répondre qu'aux premiers lorsqu'ils sont opérants. S'agissant de l'analyse des mémoires, ne fut même pas reprise la proposition formulée lors des réflexions sur l'évolution de la motivation qui, tout en maintenant la distinction entre les moyens et les arguments, consistait à déplacer leur analyse des visas aux motifs, ce qui marquait au moins une étape supplémentaire vers un alignement sur les canons européens et dénotait un souci de transparence à l'égard des tiers au litige⁴².

II- Un risque de capture encore réductible

Pour empêcher la capture du juge administratif, il est encore possible de jouer sur le levier structurel (A) et procédural (B) en tenant compte toutefois des limites posées par la jurisprudence constitutionnelle⁴³.

A- Les réformes structurelles envisageables

Deux grandes pistes de réformes structurelles permettant d'assurer la neutralité du juge face aux parties et donc de garantir contre la capture peuvent être envisagées. La première porte sur les moyens de renforcer les obligations non juridictionnelles pesant sur les magistrats dans le cadre de leur fonction juridictionnelle (1) et hors de ces fonctions (2), la seconde sur la restauration de la collégialité qui constitue une garantie essentielle de l'impartialité du juge (3).

1- Le renforcement des obligations non juridictionnelles pesant sur les magistrats

Le premier axe de réflexion consisterait à renforcer les obligations de déclarations d'intérêts des magistrats. Pour l'instant, les obligations de déclaration telles que les prévoit la Charte sont assez consistantes, mais leur secret entache certainement leur efficacité⁴⁴. Ce n'est

risques d'atteinte à la « vie privée », à la « probité » et la « réputation professionnelle » que charrie une telle demande (CE, Sect., 23 mars 2012, n° 355151).

⁴² Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, 2012, p. 17-20.

⁴³ Par exemple, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il semble exclu d'imposer la publicité de leurs déclarations d'intérêts (2013-676 DC, §22).

⁴⁴ L'article L131-7 du Code de justice administrative prévoit bien une confidentialité stricte. Une affaire intéressante est rapportée par le Canard enchaîné. Greenpeace fit un recours contre un décret mettant en œuvre la programmation pluriannuelle de l'énergie au motif qu'il ne préciserait pas suffisamment la part du nucléaire dans cette politique (Conseil d'État, 11 avril 2018, Association Greenpeace France, n° 404959). Or, un membre de la

peut-être pas l'ampleur des obligations déclaratives, mais leur publicité qu'il s'agirait d'assurer afin que les parties puissent vérifier qu'elles ne sont victimes d'aucun préjugement.

Le Conseil d'État a récemment pris conscience de la variété et de l'intensité des activités publiques des membres du Conseil d'État. Le Vice-président du Conseil d'État a ainsi demandé au Collège de déontologie un avis sur les dialogues que les membres du Conseil peuvent nouer avec les acteurs de la vie sociale et économique, par ailleurs représentants d'intérêts, pour expliquer la jurisprudence et pour mieux appréhender les conséquences qui lui sont prêtées⁴⁵. Le remède préconisé par le Collège consiste en l'établissement d'une procédure et donc d'une centralisation de la décision auprès du Vice-président. On peut se demander d'ailleurs si la déontologie n'a pas pour conséquence une « présidentialisation » du Conseil d'État, en renforçant le rôle du Vice-président sur la vie des magistrats. Or, le Vice-président n'est pas une autorité de l'instance juridictionnelle du Conseil d'État. En tout état de cause, la conscience du besoin d'organiser davantage les contacts des membres du Conseil d'État avec la société civile est présente.

Il faudrait en outre radicalement interdire les cumuls avec les fonctions administratives. Les membres du Conseil d'État peuvent occuper deux fonctions qui nous semblent problématiques. En même temps que leurs fonctions juridictionnelles, ils peuvent être consultants des administrations, sans que cette fonction ne soit clairement établie, et ils occupent des postes dans l'administration. Ce cumul ne peut que porter atteinte à l'apparence d'impartialité du Conseil lorsque celui-ci est amené à contrôler une décision de l'administration en question.

Une solution pourrait peut-être être trouvée par l'affectation exclusive aux sections administratives pendant une période suffisamment longue des membres du Conseil d'État de retour dans l'institution après un départ d'un certain temps. Enfin, il conviendrait de réfléchir plus largement à l'effet des changements de majorité politique sur la jurisprudence du Conseil d'État.

À côté de ces éléments, il conviendrait de réfléchir à réformer les garanties entourant les obligations déontologiques de ces agents publics, entendus au sens large, que sont les membres des juridictions administratives.

formation de jugement avait eu une activité sportive financée par un grand acteur du nucléaire, son équipe de course avait eu un conflit ouvert avec Greenpeace, et il avait pris publiquement parti sur le nucléaire.

⁴⁵ Avis n° 2020/6 du 8 décembre 2020.

2- La révision des garanties non juridictionnelles contre le risque de capture

Il s'agirait de poursuivre le mouvement de simplification des modalités de contrôle du respect des obligations déontologiques incombant aux agents publics *lato sensu* amorcé par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique qui prévoit l'absorption de la commission de déontologie de la fonction publique par la Haute autorité de la transparence de la vie publique (HATVP). En effet, s'agissant des magistrats, la HATVP est destinataire de déclarations de patrimoine de certains d'entre eux⁴⁶, mais non des déclarations d'intérêts sur lesquels seuls des collèges de déontologie *ad hoc* peuvent se prononcer⁴⁷, certains échappant encore à tout contrôle sur le plan déontologique⁴⁸. Du point de vue constitutionnel, rien ne semble interdire d'étendre ces obligations déclaratives et déontologiques à l'ensemble des personnes amenées à exercer une fonction juridictionnelle, ni imposer l'existence de tels collèges *ad hoc* dont les missions peuvent d'ailleurs parfois se recouper avec celles d'autres instances⁴⁹ et qui, même si leur composition intègre des « personnalités qualifiées », peuvent donner une impression « d'entre soi » qui n'est pas de nature à permettre à ces dispositifs d'atteindre l'un des buts en vue duquel ils furent mis en place : rétablir la confiance entre le public et les autorités publiques au sens large. Il serait donc préférable de reconnaître une compétence générale à l'égard de l'ensemble des agents publics, y compris les magistrats, soumis aux différentes obligations déclaratives à la HATVP dont les moyens devraient donc être augmentés⁵⁰. Afin de tenir compte de la spécificité des fonctions incombant aux différents agents publics, et en particulier aux magistrats, il n'est

⁴⁶ Articles L. 131-10, L231-4-4 du code de justice administrative, 7-3 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁴⁷ Articles L. 131-6 du code de justice administrative, L. 120-9 du code des juridictions financières, 10-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

⁴⁸ Cf, les membres du Conseil constitutionnel.

⁴⁹ Par ex., l'articulation des missions du collège de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire avec celle du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), qui est aussi compétent en matière de déontologie (article 65 de la Constitution du 4 novembre 1958), n'a été que partiellement réglée par le législateur organique. Ainsi, le premier est chargé de rendre annuellement un rapport au second (article 10-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958). Les missions du collège et du Conseil semblent pourtant parfois similaires si ce n'est identiques. Ainsi, le CSM, dont la formation plénière est déjà chargée d'élaborer et de rendre public « un recueil des obligations déontologiques des magistrats » (article 20-2 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature), s'est aussi doté, le 1^{er} juin 2016, d'un « service d'aide et de veille déontologique » qui est notamment chargé « d'offrir une aide concrète aux magistrats, sous la forme d'une permanence leur permettant de bénéficier d'informations rapides et adaptées sur les questions qu'ils se posent ». La différence est alors à chercher du côté des modalités d'intervention de ce service et du collège puisque seuls les avis du second sont écrits et publiés sous une forme anonymisée et peuvent être suivis d'une recommandation individuelle.

⁵⁰ En revanche, il n'est pas possible, à droit constitutionnel constant, de lui donner une compétence exclusive en privant le CSM de sa compétence en matière de déontologie.

ensuite pas exclu de créer, au sein de la HATVP, différentes formations pourvues toutefois ce que les « personnalités qualifiées » y demeurent toujours majoritaires.

3- La notion de performance appliquée à l'exercice de la justice

Afin d'éviter que la collégialité ne soit une variable d'ajustement dans le cadre de la régulation et le traitement des flux contentieux, il conviendrait de revoir les indicateurs permettant de mesurer les « performances » des juridictions administratives, ce qui peut se rattacher aux règles structurelles de procédure ici étudiées. Pourquoi ne pas intégrer, parmi les indicateurs retenus dans le bleu budgétaire pour le programme « Conseil d'État et autres juridictions administratives » et au titre de l'objectif « qualité » des décisions juridictionnelles, le nombre d'affaires traitées par une formation collégiale ?

En dehors de la solution budgétaire, il est nécessaire de prendre conscience que l'exigence d'impartialité qui pèse sur le Conseil d'État ne peut se réaliser que par la collégialité.

B- Les réformes procédurales envisageables

Sur le plan procédural, il est non seulement possible de renforcer les droits et les obligations permettant de prévenir l'édiction de décisions par des juges captifs (1), mais aussi d'envisager des voies de droit qui, ayant pour objet de sanctionner de telles décisions, pourraient avoir un effet dissuasif (2).

1- Les réformes des instruments préventifs

Les différences de traitement — qui semblent entraîner une rupture d'égalité dans le débat contentieux — et les lacunes précédemment évoquées mériteraient d'être corrigées. L'ouverture aux parties non représentées devant le Conseil d'État de la possibilité de répondre à l'audience aux conclusions du rapporteur public, comme l'obligation d'information des parties, dans un délai raisonnable avant l'audience, en cas de remplacement d'un rapporteur public empêché, devraient être prévues. De même que devrait être envisagée expressément l'hypothèse dans laquelle les membres du Conseil d'État ont eu à connaître du texte contesté par voie d'exception parmi les obligations de départ. S'agissant des *amici curiae* choisis par le juge, il faudrait donner la possibilité de mettre en cause leur partialité, mais, afin de ne pas

se priver de leur apport au débat contentieux, imposer le cas échéant seulement de les requalifier en interventions forcées, ce qui leur ôterait leur aura d'impartialité, mais, en échange, leur permettrait de participer plus activement.

C'est aussi le traitement juridictionnel des demandes de récusation qui devrait évoluer. Elles ne devraient plus être regardées comme un crime de « lèse-magistrature », l'expression d'un soupçon insultant qui pourrait être étouffé entre les plis d'une motivation ramassée. Le débat qu'elles ouvrent doit justement être vu comme un moyen de dissiper la méfiance des parties, mais aussi des tiers⁵¹. À ce titre, pour crédibiliser la réponse apportée à la demande de récusation, il serait envisageable de permettre à la HATVP, le cas échéant réformée⁵², d'intervenir comme *amicus curiae*. Son avis pourrait ensuite être reproduit *in extenso* dans la motivation de la décision — ou bien consultable en annexe — et ne lierait pas la juridiction dans son appréciation, à charge tout de même pour elle d'expliquer pourquoi elle aurait éventuellement décidé de s'en écarter.

De manière générale, il conviendrait d'approfondir encore la publicité du raisonnement des membres de la juridiction administrative. Pour ce faire, il faudrait, en premier lieu, imposer la publicité des conclusions du rapporteur public⁵³, le cas échéant anonymisées, lorsqu'elles sont prononcées, mais aussi permettre aux membres de la formation de jugement de formuler des opinions divergentes ou dissidentes⁵⁴. Il faudrait aussi avoir accès aux affluents de ce raisonnement, c'est-à-dire publier *in extenso*, sous réserve là aussi des anonymisations nécessaires au respect de la vie privée, les écritures des parties ou des tiers que la juridiction sollicite. Au reste, s'agissant de l'administration défenderesse ou même des autorités administratives participant au débat contentieux en tant qu'*amici curiae*, une telle publicité se justifie à double titre puisqu'elle peut être aussi regardée comme procédant de l'exigence de réédition des comptes inscrite à l'article 15 de la Déclaration de 1789. Un tel effort de transparence ne se traduirait alors pas mécaniquement par un alourdissement de la

⁵¹ Tiers que le rapporteur public semblait occulter dans ses conclusions sur l'avis du 23 mars 2012 précédemment cité lorsqu'il mettait en garde contre les dévoiements de l'exigence d'impartialité par des justiciables systématiquement soupçonneux et qu'aucune motivation, aussi approfondie soit-elle, ne parviendrait à rasséréner. Au passage, il est intéressant de noter que ce sont les multiples demandes de récusation déposées dans l'affaire Jean Bouin précédemment évoquée qui furent prises en exemple pour illustrer l'attitude qu'il stigmatisait.

⁵² Cf. *Supra*.

⁵³ Cela supposerait alors de revenir sur l'application — discutée et discutable — du régime de la propriété intellectuelle aux conclusions des rapporteurs publics. Sur ce débat, V. Éric SAGALOVITSCH, « Pour une évolution du statut juridique des conclusions du rapporteur public », *AJDA*, 2018, p. 607.

⁵⁴ De la sorte, il serait parfois possible pour le public, auquel appartient notamment les chercheurs, d'avoir plus facilement accès à la généalogie d'une décision, et, s'agissant de celles du Conseil d'État, d'être éventuellement informé sur le rôle que la « troïka » a pu jouer dans leur genèse.

motivation de la décision qui serait finalement nuisible à sa lisibilité. Plutôt que restituer ces échanges à l'état brut dans une décision kilométrique, il est possible d'opter pour une mise à disposition en ligne à côté de la décision, comme cela se fait sur le site Conseil constitutionnel avec les saisines et les observations du Gouvernement dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*. En revanche, cela supposerait de poursuivre l'effort de mise à disposition par voie électronique des décisions de justice.

2- Les réformes procédurales destinées à sanctionner la capture

Certes, il existe déjà des voies de droit permettant de tirer les conséquences d'une capture du juge. Eu égard aux violations des différentes garanties législatives et supra-législatives qu'elle peut supposer, la capture du juge peut être analysée comme un motif d'irrégularité de la décision juridictionnelle dans le cadre de voie de recours ordinaires ou même extraordinaires comme l'opposition ou la révision des décisions du Conseil d'État prévues par le code de justice administrative, mais aussi comme une violation de droits fondamentaux dont la Cour de Strasbourg est compétente pour connaître. Il est toutefois possible de les améliorer en jouant sur leur articulation. Ainsi, les dispositions relatives au recours en révision contre une décision contradictoire du Conseil d'État précédemment évoqué, n'évoquant qu'une partie des causes de capture⁵⁵, pourraient être modifiées afin de prévoir son ouverture lorsqu'une atteinte aux stipulations de l'article 6§1 — ce qui, même en excluant l'atteinte au contradictoire relevant de l'opposition, permet d'englober plus de motifs de capture comme l'atteinte à l'égalité des armes — a été constatée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il serait aussi envisageable d'ouvrir aux profits des justiciables ayant pu être lésés par la capture du juge un recours indemnitaire dont les conditions d'exercice seraient semblables à celui qui est prévu en cas de non-respect de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable. En somme, il s'agirait de considérer que la capture du juge administratif est en elle-même une faute suffisante pour engager la responsabilité de l'État du fait d'un dysfonctionnement de la juridiction administrative.

⁵⁵ 3° de l'article R. 834-1 du CJA.