

## **Entretiens du contentieux**

**18 décembre 2020**

**Louis Boré**

***Docteur en droit***

***Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation***

***Ancien président de l'Ordre***

Monsieur le vice-président du Conseil d'État,  
Monsieur le président de la section du contentieux,  
Madame la présidente de la section du rapport et des études,  
Mesdames et messieurs les présidents,  
Mesdames et messieurs les professeurs,  
Mes chers confrères,  
Mesdames et messieurs,

Je veux commencer par m'adresser tout particulièrement à vous, Monsieur le président de la section du contentieux, en y associant Monsieur le vice-président du Conseil d'État, Bruno Lasserre.

Au terme de ces entretiens du contentieux, et au terme de ma présidence, je voudrais vous remercier pour l'écoute attentive et bienveillante dont vous m'avez fait bénéficier.

Je mesure ma chance d'avoir pu exercer ces belles fonctions avec des chefs de juridiction aussi remarquables dans des circonstances si difficiles.

La qualité exceptionnelle des relations que nous avons eues me conduit à évoquer un aspect de ces nouvelles frontières du juge administratif : celui de la place de l'avocat dans cette nouvelle justice administrative.

Je crois que si le juge administratif veut parvenir à maîtriser ces nouvelles frontières liées à l'intelligence artificielle, au droit souple, à l'environnement et à la santé, il aura besoin des avocats.

La place de ces derniers a beaucoup évolué.

Autrefois, le juge administratif était imprégné du caractère inquisitorial de la procédure.

Je veux dire par là que, contrairement au contentieux civil, le procès administratif était beaucoup plus la chose du juge que la chose des parties.

Le rôle de ces dernières, et de leurs avocats, consistait d'abord et avant tout à saisir le juge, car celui-ci n'avait pas et n'a toujours pas aujourd'hui de pouvoir d'autosaisine. Mais une fois celle-ci effectuée, la suite du procès lui appartenait au premier chef et c'était lui qui devait en rechercher la solution, de façon presque autonome.

À cet égard, je pense que les choses ont évolué.

Cette évolution est due à de multiples facteurs mais je crois que l'un d'entre eux a joué un rôle déterminant : la création du référé administratif.

Celui-ci a conduit le juge administratif à entrer beaucoup plus en interaction avec les avocats et les parties et à faire appel à elles pour construire sa décision.

Cela ne remet nullement en cause l'indépendance et l'autorité du juge. C'est lui, et lui seul, qui décide au bout du compte. Mais avant de statuer, il se livre à une instruction approfondie sur la situation des parties afin de mieux mesurer le contexte et les conséquences de la décision qu'il va prendre.

Cela constitue, je crois, un véritable progrès.

Je ne dis pas cela parce que je suis avocat.

Je le dis parce que je crois, très profondément, dans la vertu et l'utilité du débat contradictoire.

J'ai discuté un jour avec un magistrat, et je précise qu'il ne s'agissait pas d'un magistrat administratif mais d'un magistrat judiciaire qui exerçait de très hautes fonctions. Il m'a dit cette chose que j'ai trouvée glaçante : « Les avocats ont un problème avec la vérité ».

Je ne crois pas du tout que nous ayons un problème avec la vérité.

Je pense au contraire que nous sommes des vecteurs de celle-ci.

On raconte, en Afrique, l'histoire suivante :

On conduit un jour trois aveugles devant un éléphant et on leur demande de décrire cet animal.

Le premier touche la trompe de l'éléphant et dit : « un éléphant, c'est mou et humide à l'intérieur ».

Le deuxième touche la jambe et dit : « mais pas du tout, un éléphant, c'est gros, dur et rugueux ».

Enfin, le troisième touche la queue de l'éléphant et dit : « vous n'avez rien compris. Un éléphant, c'est très fin et cela a des poils au bout ».

Chacun dit la vérité, mais chacun ne voit qu'une part de celle-ci.

Tel est la situation de l'avocat qui ne voit qu'une part de la vérité : celle qui lui est présentée par son client.

Cela tombe bien, car c'est celle qu'il va devoir défendre et présenter au juge.

Cela ne signifie pas qu'il ne doit pas avoir un regard critique sur ce qui lui est dit. Bien au contraire, il doit sélectionner les arguments les plus solides et écarter les plus fragiles. Mais, et je ne pense pas que ce soit une idée exagérément optimiste ou humaniste, je crois que dans chaque être humain que nous rencontrons, dans chaque visage que nous croisons, dans chaque situation que nous découvrons, il y a toujours une part de vérité, et la mission de l'avocat est de lui donner sa qualification juridique et de la présenter au juge de la façon la plus convaincante possible.

Le rôle du débat contradictoire est, en effet, de permettre au juge de voir les multiples aspects de la réalité afin de l'aider à mieux prendre sa décision. S'il entend un seul son de cloche, s'il bénéficie d'un seul regard, le sien, il aura toujours une connaissance moins complète que s'il entend aussi la voix de l'administration et celle des usagers, des syndicats, des collectivités territoriales et des militants de telle ou telle cause.

La décision qu'il prendra au bout du compte sera toujours, je crois, meilleure, plus sage et mieux acceptée que si elle avait été formée de façon purement unilatérale.

Le juge administratif moderne l'a compris et c'est sans doute pour cette raison qu'il a autorisé les avocats à répondre, à la barre, aux conclusions des rapporteurs publics.

C'est très certainement pour cette raison aussi qu'un décret récent, en date du 18 novembre 2020, a institué devant le Conseil d'État, à titre expérimental, des séances et des audiences d'instruction afin de développer l'instruction orale des affaires les plus délicates.

Je crois que nous devons, nous les avocats, essayer de contribuer encore plus que par le passé à enrichir les débats dont est saisi le juge administratif.

Les enrichir en fait, tout d'abord, en lui donnant à voir tous les aspects du dossier, humains, sociologiques, politiques, environnementaux, techniques, scientifiques, etc... Certes, l'administration dispose souvent en la matière de beaucoup plus de données que nous et c'est d'ailleurs un danger, car c'est vers elle que le juge administratif va se tourner pour chercher ces éléments. Ici comme ailleurs, le procès administratif est souvent déséquilibré et réunir des informations, provenant d'autres sources, et qui donneront souvent un éclairage différent que celles présentées par l'administration nous demandera beaucoup d'efforts mais je crois qu'ils sont nécessaires.

Et ce n'est pas une mission impossible car la sève vivifiante de la société civile irrigue les associations, les organisations non-gouvernementales, les chercheurs qui pourront nous aider. Il ne s'agit ici nullement de verser dans je ne sais quel complotisme en disant, « la vérité est ailleurs ». Il s'agit simplement de dire que les faits, eux aussi, peuvent faire l'objet d'un débat contradictoire, que les données de l'administration peuvent être incomplètes, et que sur certains sujets, il est possible d'avoir des approches très différentes.

Mais c'est aussi sur le terrain du droit que nous devons être plus présents.

Nous savons que la jurisprudence évolue, qu'elle n'est pas et n'a jamais été inerte.

Dans la tradition de l'ordre administratif, ces évolutions ont généralement pour origine le Conseil d'État lui-même.

Cela doit conduire les avocats au Conseil d'État à être, à cet égard, une force de proposition. Nous devons être à l'écoute des doléances et des difficultés qui peuvent se manifester sur le terrain et devant les juridictions du fond quant à l'application de telle ou telle jurisprudence. Nous devons, nous aussi, proposer, imaginer, inventer de nouvelles solutions juridiques, à charge ensuite pour le Conseil d'État de choisir, parmi ces propositions, celles qui retiennent son attention et celles qu'il préfère rejeter.

Mais j'ai trop parlé des avocats et pas assez du juge administratif qui est, pourtant, le sujet de ces entretiens.

Comment ce juge peut-il faire face aux nouveaux défis de la société moderne ?

C'est une société plus liquide qu'auparavant, c'est-à-dire moins hiérarchisée, et dans laquelle la méfiance à l'égard des institutions s'est beaucoup développée ce qui constitue une menace pour notre démocratie.

Le juge administratif éprouve des difficultés devant cette société liquide car il a, lui, la culture de la verticalité, mais l'évolution de sa jurisprudence sur le droit souple montre qu'il a su s'adapter.

C'est une société dominée par la technique et nous avons parlé de la place de plus en plus importante occupée par le numérique et l'intelligence artificielle.

Est-ce la technique qui va dominer le juge, ou celui-ci réussira-t-il à exercer sur elle un véritable contrôle ?

C'est une question difficile car si le juge ne fait rien, on lui reprochera de ne pas veiller au respect des droits fondamentaux, et s'il fait quelque chose, on lui reprochera d'entraver le progrès technique et d'être passéiste.

C'est une société, enfin, qui a pris conscience que nos vies sont menacées à court terme par une pandémie comme nous n'en avons pas connu depuis un siècle, et à plus long terme par la détérioration du climat.

Comment ici, encore, le juge peut-il jouer un rôle face à de telles crises ?

Sa tâche est difficile car il est soumis à des injonctions contradictoires.

Lorsqu'il limite son contrôle afin de ne pas empiéter sur la marge d'appréciation du pouvoir politique, on lui reproche sa frilosité, et lorsque, au contraire, il prend des décisions spectaculaires, on crie au gouvernement des juges.

Je crois que ces entretiens sont l'occasion de rappeler que le juge ne peut pas tout faire. Il ne peut pas distribuer des masques lorsqu'il n'y en a pas et il ne peut pas ordonner la nationalisation d'une entreprise car tel n'est pas son rôle.

Le rôle du juge administratif consiste d'abord à être le gardien des promesses pour reprendre le titre d'un livre d'Antoine Garapon<sup>1</sup>.

Les normes juridiques ne sont pas de simples tracts ou des slogans électoraux. Elles ont force obligatoire et, lorsqu'elles ont été adoptées, le juge doit veiller à leur respect.

Lorsque l'État ratifie une convention internationale, il ne peut pas, ensuite, dénier sa signature et refuser de l'appliquer.

Cela conduit le juge à écarter les lois contraires à la convention, à condamner l'administration à mettre en œuvre une politique efficace pour éviter de dépasser les seuils de pollution autorisés par le droit de l'Union<sup>2</sup> ou à demander à l'État de préciser les mesures prises pour respecter les trajectoires de réduction des émissions de gaz à effet de serre auxquelles il s'est engagé<sup>3</sup>.

En faisant cela, il n'outrepasse aucunement sa mission. En effet, un État est toujours libre de dénoncer une convention internationale qu'il a signée. On l'a vu récemment avec le Royaume-Uni et les États-Unis. Mais s'il ne le fait pas, alors, il doit respecter les engagements qu'il a librement souscrits et c'est la mission du juge d'y veiller lorsque la norme internationale est d'application directe.

De façon plus traditionnelle, le juge administratif veille aussi au respect, par l'administration, des lois votées par le Parlement.

---

<sup>1</sup> A. Garapon, « Le gardien des promesses », Odile Jacob, 1996.

<sup>2</sup> CE, 10 juil. 2020, « Association des amis de la terre », n° 428.409.

<sup>3</sup> CE, 19 nov. 2020, « Grande-Synthe », n° 427.301.

Lorsque la loi est claire, il doit l'appliquer. Même si le Conseil d'État est notre « juridiction administrative suprême » (art. L. 111-1 du CJA), la loi ne perd pas, pour autant, sa force obligatoire à son égard lorsqu'elle est conforme aux droits fondamentaux et il doit, toujours, censurer sa méconnaissance.

Mais lorsque la loi ne répond pas à la question qui lui est posée, le juge ne peut pas, pour autant, refuser de statuer sauf à commettre un déni de justice et il doit, alors, combler ce vide en consacrant une jurisprudence qui viendra la compléter.

Porte-t-il, ce faisant, atteinte à l'autorité du Parlement ? Absolument pas, car ce dernier peut, à tout moment, décider de combler le vide qu'il avait laissé en adoptant un texte nouveau qui pourra s'écarter, s'il le souhaite, de la solution jurisprudentielle.

Ainsi, se poursuit le dialogue, naturel et fécond, du juge et du législateur, comme continue au quotidien, dans les juridictions administratives, le dialogue des juges et des avocats.