

Séance du 3 juillet 2023
Décision du 7 juillet 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

L'exercice d'un référé provision interrompt-il le délai de recours au bénéfice du requérant qui l'a introduit en vue de l'exercice ultérieur d'une requête indemnitaire en dommages et intérêts ? Telle est la question que le tribunal administratif de Versailles, statuant en formation de chambres réunies, vous a posée sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de justice administrative.

Il s'agit incontestablement d'une question de droit ; elle est, à coup sûr, susceptible de se poser dans de nombreux litiges et ; faute que votre jurisprudence y ait déjà répondu, cette question nous semble également sérieuse. Il nous faut toutefois, avant de conclure à la recevabilité de la demande d'avis, vous entretenir plus longuement de deux sujets.

Vous pourriez, en premier lieu, être interpellé par le fait que, dans ses conclusions devant le tribunal administratif, le rapporteur public soutenait que la demande soumise au TA était de toute façon irrecevable, quelle que soit la réponse que le Conseil d'Etat pourrait donner, de sorte que votre réponse ne conditionnerait pas l'issue du litige soumis au TA mais seulement le raisonnement au terme duquel le TA le trancherait. Mais, outre que l'appréciation de la recevabilité de la demande soumise au TA nous semble, en l'espèce, passablement délicate, nous pensons qu'à supposer même que la demande soumise au TA soit irrecevable cette circonstance ne serait pas de nature à vous dispenser de répondre à la demande d'avis qui vous a été transmise.

En effet, outre que votre jurisprudence, en matière de demandes d'avis, est empreinte d'une très grande souplesse¹ et que les cas dans lesquels vous avez refusé d'y répondre se comptent sur les doigts d'une main², nous pensons, comme plusieurs de nos prédécesseurs à ce pupitre³

¹ Vous n'avez ainsi jamais refusé de répondre à une demande d'avis, alors même que la question n'était ni nouvelle, ni sérieuse, puisque vous l'aviez déjà tranchée, et ceci malgré les conclusions contraires de certains de vos commissaires du gouvernement (cf. CE, Assemblée, 7 juillet 1989, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, p. 162 ; CE, Section, 31 mars 1995, *S.A. Société d'expertise comptable du Languedoc et SARL Caracara*, p. 153)

vous l'ont déjà exposé, que la demande d'avis contentieux trouve certes son origine dans un litige mais vit ensuite un parcours autonome, et suit un sort indépendant du litige à l'occasion duquel la question a été posée. Il s'agit en effet d'une initiative de la juridiction subordonnée et non d'une des parties, irrecevable à le faire (CE, 21 février 1992, *O...*, n° 120876, T. p.1235) et l'avis que vous rendez n'est pas une décision, n'a pas l'autorité de la chose jugée, et ne peut faire l'objet d'aucun recours, pas même d'un recours en rectification d'erreur matérielle (CE, 17 novembre 1997, *Mme D...*, n° 188163, p.426). Lorsque vous êtes saisis sur le fondement de l'article L.113-1, vous ne regardez que la question de droit qui vous est posée, sans vous inquiéter de la requête d'origine.

C'est ainsi que vous avez jugé que même un désistement survenu après une demande d'avis ne faisait pas obstacle à ce que le vous répondiez à cette demande (CE, avis, 26 mars 2001, *Ministre de l'économie c/ Mme P...*, n° 227921, T. pp. 1139-1153). Ce n'est que dans l'hypothèse où la juridiction vous ayant posé une question donne acte au requérant de son désistement que la demande d'avis devient sans objet (CE, avis, 26 mars 2003, *Société Marseillaise du tunnel Prado-Carénage*, n°251816, T. pp. 938-951). Il nous semble que ce raisonnement doit valoir, *a fortiori*, à propos de la recevabilité de la requête à l'occasion de laquelle une demande d'avis vous a été adressée : tant que la juridiction subordonnée n'a pas rejeté cette requête comme irrecevable, la question de sa recevabilité n'est pas tranchée et vous n'avez pas à vous y intéresser pour répondre à la question de droit qui vous est posée. Il est d'ailleurs frappant de remarquer que Laurent Touvet, dans ses conclusions sur l'avis *Ministre de l'économie c/ Mme P...* que nous venons de citer, ou le président Dacosta, dans ses conclusions sur votre avis du 3 octobre 2012, *Société Colas Nord Picardie* (n° 360840, p. 343) affirmaient tous deux comme une évidence que « vous ne vous interrogez pas sur la recevabilité de la requête devant la juridiction qui vous a posé la question ».

Enfin, précisons que vous ne vous heurtez pas non plus à cette jurisprudence *Société Colas Nord Picardie* que nous venons de citer et qui a interdit au juge du référé provision de demander au Conseil d'Etat un avis contentieux, dès lors qu'une obligation dont l'existence soulève une question de droit sérieuse ne peut être regardée comme une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable. Si la question qui vous est posée porte bien sur

² Outre les cas que nous mentionnons dans les présentes conclusions, vous avez jugé qu'une demande d'avis portant sur l'interprétation d'une disposition réglementaire devient sans objet si vous avez entre temps annulé celle-ci (CE, Assemblée, 27 octobre 1989 *Préfet de l'Essonne c/ Commune de Marcoussis*, n° 108503, p. 220) ; que ne pouvait être accueillie, au motif qu'elle ne répondait pas à l'objet de la loi, la demande d'avis effectuée par un tribunal administratif pour tenter de contourner l'obstacle que constituait pour lui une jurisprudence bien établie de la cour administrative d'appel dont il relevait (CE, Section, 6 octobre 1995, *C...*, n° 169666, p. 350) ; ou encore que des questions portant de manière générale sur l'office du juge telles que celles de savoir si une question se soulève d'office ou si dans un cas, il est possible de procéder à une substitution de base légale, ne soulèvent pas de questions nouvelles présentant des difficultés sérieuses justifiant que soit posée à leur sujet une demande d'avis (CE, 5 juillet 2013, *M. H...*, n° 367908, T. pp. 630-632-794)

³ Voir notamment les conclusions du Pdt Dacosta sur CE, avis, 3 octobre 2012, *Société Colas Nord Picardie*, n° 360840, p. 343 et celles de L. Touvet sur CE, avis, 26 mars 2001, *Ministre de l'économie c/ Mme P...*, n° 227921, T. pp. 1139-1153

les effets du référé provision, elle a été posée non pas dans le cadre d'un tel référé mais à l'occasion d'un recours indemnitaire au fond.

Vous pourriez, en second lieu, douter quelque peu de la nouveauté de la question que vous a posée le TA de Versailles : après tout, cela fait près de 35 ans que le référé-provision a été acclimaté à la procédure administrative contentieuse⁴. Mais vous ne pourrez pas vous arrêter à cette considération apparemment de bon sens et nous n'avons aucun doute pour considérer que la recevabilité de la demande d'avis est acquise : la question, à vrai dire, ne se posait pas véritablement jusqu'à tout récemment, ou, du moins, se pose aujourd'hui dans un contexte assez profondément renouvelé en raison de la combinaison de deux éléments.

Premier élément, le décret dit « JADE » du 2 novembre 2016⁵ est venu, comme vous le savez, durcir l'exigence de liaison du contentieux en matière indemnitaire : vous continuez certes à admettre que des conclusions indemnitaires sont recevables lorsque la décision de l'administration sur la réclamation préalable du requérant intervient en cours d'instance (c'est votre avis de Section *Consorts R...* du 27 mars 2019 – n° 426472, p. 95) mais vous avez dû renoncer à votre jurisprudence antérieure en vertu de laquelle une défense au fond de l'administration devant le juge palliait l'absence de réclamation préalable. Il s'ensuit – et c'était justement le but du décret « JADE » - que la question de la forclusion est désormais susceptible de se poser bien plus fréquemment en matière indemnitaire. Car, si cela fait longtemps que vous jugez qu'est tardif un recours indemnitaire présenté plus de deux mois après le rejet de la demande indemnitaire préalable (voyez à cet égard CE, 7 juin 2004, *Assistance publique à Marseille*, n°252869, T. p. 810) ce cas de figure se présente plus souvent maintenant que rien ne permet d'échapper à cette réclamation préalable. A ceci s'ajoute que vous avez, par votre avis *Mme S...* du 19 février 2021 (n°439366, T. pp. 829-902), précisé que la liaison du contentieux s'apprécie à l'échelle du fait générateur des dommages et non pas des chefs de préjudice auxquels se rattachent ces dommages, ce dont il résulte qu'est irrecevable un recours indemnitaire portant sur le même fait générateur que celui sur lequel est déjà intervenu, plus de deux mois avant, un rejet d'une réclamation préalable, et ce quand bien même ce recours ne porterait pas sur les mêmes chefs de préjudice.

Deuxième élément qui est venu renouveler le contexte de la question qui vous est posée : vous avez, par votre décision « *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. L...* » du 23

⁴ Le référé provision, aujourd'hui régi par l'article R. 541-1 du CJA, a été introduit à l'origine dans la procédure civile par un décret du 17 décembre 1973, puis a été ensuite décliné devant le juge administratif par le décret du 2 septembre 1988 portant diverses mesures relatives à la procédure administrative contentieuse. Il a ensuite été modifié par le décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000 pris pour l'application de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives et modifiant le code de justice administrative, qui est venu supprimer l'exigence qu'il soit assorti d'une requête au fond.

⁵ Ce décret n° 2016-1480 a introduit à l'article R. 421-1 du CJA un nouvel alinéa ainsi rédigé, applicable aux requêtes présentées à compter du 1^{er} janvier 2017 : « *Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.* »

septembre 2019 (n°427923, T. pp. 889-909) subordonné la recevabilité d'un référé provision à la liaison préalable du contentieux. Et c'est cet élément, combiné avec le durcissement des règles relatives à la liaison préalable du contentieux indemnitaire, qui a fait surgir la question qu'il vous appartient aujourd'hui de trancher et qui, auparavant, ne se posait que fort peu.

Encore faut-il, pour que la question qui vous est posée ait un sens, considérer que la demande indemnitaire préalable lie le contentieux à la fois pour le référé provision et pour le recours au fond, dès lors du moins que tous deux portent bien sur le même fait générateur. En effet, si jamais il fallait, pour former un recours indemnitaire au fond, procéder à une réclamation préalable distincte de celle qui doit précéder l'introduction d'un référé provision, il n'y aurait, à l'évidence, pas besoin de s'interroger sur l'interruption par le référé provision du délai pour présenter un recours au fond. Vous devrez donc nécessairement, avant d'aborder la question posée par le TA elle-même, prendre parti sur cette première question, qui vient en amont : la décision prise par l'administration sur la demande ayant précédé l'introduction d'un référé-provision vaut-elle également pour l'introduction ultérieure d'un recours indemnitaire au fond ?

Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur « *Garde des sceaux c/ M. L...* », pensait que oui et affirmait qu'en « obligeant le demandeur à lier le contentieux pour le référé-provision, on lui permet aussi de cocher la case pour l'éventuelle requête au fond ». Il en faisait même un argument en faveur de l'obligation de lier le contentieux en référé-provision en faisant valoir que, dans le cas contraire on aboutirait « *à cette situation absurde dans laquelle, après avoir introduit sans succès un référé-provision, le requérant serait contraint de formuler une demande préalable à l'administration pour lier le contentieux de fond, alors qu'il sait pertinemment que celle-ci refusera, forte de l'ordonnance de rejet* ». Cette considération ne manque pas de poids et nous ne sommes pas loin de penser que vous la partagiez en rendant, conformément à ces conclusions, votre décision « *Garde des sceaux c/ M. L...* », même si le texte même de cette décision ne tranche pas expressément le point.

S'il est encore besoin de vous convaincre, nous ajouterons aux arguments d'Alexandre Lallet, que nous partageons, quelques éléments supplémentaires. Le premier est que, même si le pouvoir réglementaire a érigé le référé-provision en procédure autonome, en supprimant, par le décret du 22 novembre 2000, l'exigence que ce référé soit assorti d'une requête au fond, il n'en reste pas moins que référé provision et recours indemnitaire au fond ne portent pas sur des objets distincts mais bien sur la même créance. On discute certes de la totalité de cette créance dans le cadre du recours au fond, et de sa seule part qui n'est pas sérieusement contestable dans le cadre du référé provision, mais c'est toujours de la même et unique obligation qu'on discute. L'article R. 541-4 du CJA en témoigne d'ailleurs, qui dispose que « *la personne condamnée au paiement d'une provision peut saisir le juge du fond d'une requête tendant à la fixation définitive du montant de sa dette* ».

En pratique, d'ailleurs, nous pensons que la réclamation qu'un requérant forme auprès de l'administration avant d'introduire un référé provision est en général la même que celle qu'il

formerait avant d'introduire un recours au fond : victime d'un dommage, un requérant aura naturellement tendance à faire feu de tout bois en demandant tout de suite la réparation de tous ses préjudices, et l'administration y répondra favorablement ou pas sur le fond, mais tous deux se préoccupent peu, à ce stade, de ce qui relève... ou pas d'une obligation non sérieusement contestable aux yeux du juge du référé-provision.

Par ailleurs, même si un requérant formait une demande préalable en ayant en tête son seul référé provision et en circonscrivant donc soigneusement sa réclamation aux seules conclusions relevant d'obligations non sérieusement contestables⁶, il nous semble que cette demande aurait bien pour effet, dans le champ de ces conclusions, de lier le contentieux aussi bien pour le référé provision que pour le recours au fond, en application de l'avis S... que nous avons déjà cité. Il résulte en effet de cet avis, comme nous vous l'avons dit, que la décision par laquelle l'administration rejette une réclamation tendant à la réparation des conséquences dommageables d'un fait qui lui est imputé lie le contentieux à l'égard du demandeur pour l'ensemble des dommages causés par ce fait générateur. Ce n'est donc que si la demande préalable au référé provision portait sur un fait générateur différent de ce qui motive la requête ultérieure au fond, qu'on serait en réalité en présence d'un autre litige, imposant une seconde demande indemnitaire préalable

Venons-en donc, enfin, au cœur du sujet. Et mettons d'emblée fin au suspense : si vous nous avez suivi pour admettre qu'une réclamation indemnitaire préalable lie le contentieux doublement, à la fois pour le référé provision et pour le recours au fond, vous ne pourrez, à notre sens, que répondre par l'affirmative à la question posée par le TA de Versailles : l'exercice d'un référé provision doit interrompre le délai de recours. Trois raisons nous déterminent en ce sens.

La première de ces raisons est tirée de la comparaison avec le droit civil. Concédonc néanmoins qu'elle ne suffira pas à emporter votre conviction dès lors que la question est une question de procédure contentieuse et que vous faites preuve dans cette matière d'encore plus d'autonomie par rapport aux règles du droit civil qu'en ce qui concerne le fond du droit, ainsi que le faisait notamment remarquer le président Odent dans son célèbre cours. Si vous nous suivez pour admettre un effet interruptif du référé-provision, vous ne vous fondez d'ailleurs pas sur les dispositions du code civil mais bien plutôt sur votre pouvoir d'interprétation

⁶ L'avis S... n'envisage pas expressément ce cas de figure où le requérant réserve...it dans sa demande certains chefs de préjudice : il n'évoque une exception aux règles qu'il consacre que dans le cas où la victime demande réparation de dommages qui, tout en étant causés par le même fait générateur, sont nés, ou se sont aggravés, ou ont été révélés dans toute leur ampleur postérieurement à la décision administrative ayant rejeté sa réclamation. Mais, pour autant, nous ne pensons pas que cette possibilité soit exclue. Il faut à notre sens lire l'avis S... à la lumière de la décision postérieure CE, 20 décembre 2022, *Société Pacifica*, n° 445319, à publier au Recueil, qui a bien prévue, quant à elle, le cas des chefs de préjudice qui ont été expressément réservés dans la demande indemnitaire. Si cette dernière décision porte sur l'autorité de chose jugée et non pas sur la liaison du contentieux, elle partage en effet une inspiration commune avec l'avis S... comme en témoignent tant les conclusions de Florian Rousel que le fichage de la décision, qui la rapproche, avec un « Rappr. », de cet avis.

autonome du code de justice administrative, ainsi que vous l'avez déjà fait dans des cas similaires (voyez à cet égard, par exemple, votre décision *Mme V...* du 13 mars 2009, n° 317567, p. 103, sur laquelle nous reviendrons par la suite). Mais, même si la comparaison avec le droit civil ne vous suffira pas, elle n'en est pas pour autant dénuée de poids. L'article 2241 du code civil⁷ dispose en effet que : « *La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion*⁸. » Et la Cour de cassation, logiquement, a appliqué ce principe pour un référé provision (voyez Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 1999, n° 97-15297, au Bull. n° 185 ; Cass. 3^{ème} civ., 4 juin 1997, n° 95-18845, au Bull. ; Cass. Com., 27 novembre 2001, AXA Global Risks, n° 99-10551, au Bull.).

La deuxième raison qui nous pousse à vous proposer de considérer qu'un référé provision interrompt le délai de recours est que votre jurisprudence nous semble, à vrai dire, déjà engagée en ce sens. Vous avez en effet admis, par votre décision *V...* du 13 mars 2009 (n° 317567, p. 103), qu'un référé-expertise a bien un tel effet interruptif à l'égard d'un recours indemnitaire⁹ (en excès de pouvoir, ce n'est en revanche pas le cas – voyez CE, 28 septembre 2020, *Mme X...*, n° 425630, T. p. 893 – mais le recours en excès de pouvoir obéit à une autre logique et n'est pas en cause en l'espèce). Le fichage de cette décision *V...* pourrait même donner le sentiment que la solution qu'elle consacre est plus large : il précise que la jurisprudence *G...* du 27 septembre 1989 (n° 81628, 84130, p. 175), par laquelle vous aviez antérieurement retenu la solution inverse, est abandonnée. Or cette décision *G...* portait à la fois sur une expertise et sur une demande de provision. Mais, même sans surinterpréter le fichage de la décision *Véra*, le simple fait que vous ayez reconnu un effet interruptif au référé expertise plaide lourdement, à nos yeux, pour que vous fassiez de même en ce qui concerne un référé provision. On pourrait certes argumenter que le référé expertise n'est pas de même nature que le référé provision, en ce que l'expertise va nourrir et éclairer les débats au fond, tandis que le référé provision n'a pour objet que d'obtenir une satisfaction rapide sur des éléments du litige qui sont déjà clairs. Mais cette opposition ne nous convainc guère. Et, au contraire, l'ordonnance rendue sur un référé provision donne au demandeur une certaine idée des chances de succès de son recours indemnitaire au fond, de sorte que le référé provision entretient lui aussi un lien tout à fait étroit avec le recours au fond. Nous ne voyons donc pas de raison qui justifierait de ne pas transposer au référé provision ce que vous avez déjà jugé pour le référé expertise.

Enfin, la troisième raison qui achève de nous convaincre est la nécessité d'éviter ce qu'Alexandre Lallet, dans ses conclusions sur « *Garde des sceaux c/ M. L...* » qualifiait d'

⁷ Dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008

⁸ Notons au passage que si la question posée par le TA de Versailles, qui porte sur les règles de forclusion, n'est pas tranchée par les textes, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la prescription quadriennale, dont l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968 prévoit expressément qu'elle est interrompue par « *Tout recours formé devant une juridiction, relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, quel que soit l'auteur du recours et même si la juridiction saisie est incompétente pour en connaître, et si l'administration qui aura finalement la charge du règlement n'est pas partie à l'instance* »

⁹ Voir aussi, dans le même sens, CE, 18 décembre 2009, *Centre hospitalier de Voiron*, n° 311604, aux Tables

« *effet collatéral fâcheux* » de l'exigence de liaison du contentieux en référé provision : un requérant qui a saisi l'administration d'une demande indemnitaire avant son référé-provision et s'est vu notifier une décision de rejet avec mention des voies et délais de recours¹⁰ pourrait se retrouver forclos à présenter une requête indemnitaire à l'issue de son référé-provision¹¹. Et c'est justement pour éviter cela qu'Alexandre Lallet proposait de considérer que le référé provision devrait interrompre le délai de recours contentieux contre la décision rejetant la demande d'indemnité, précisant même que cette réserve était la condition à laquelle était subordonnée la solution qu'il proposait et que vous avez adoptée. Nous partageons pleinement cette préoccupation de ne pas « piéger » le requérant et pensons qu'il vous faut donc consacrer cet effet interruptif du délai du référé provision, corollaire indispensable de la décision « *Garde des sceaux c/ M. L...* ». Ajoutons que, si vous ne le faisiez pas, cela conduirait à imposer aux requérants de former par précaution une requête au fond en même temps que leur référé provision, ce qui encombrerait inutilement les TA et irait à rebours de la réforme de 2000 qui, comme nous vous l'avons dit, a précisément fait du référé provision un recours autonome, qui peut être introduit « *en l'absence d'une demande au fond* ».

Si vous nous suivez, vous répondrez donc au TA de Versailles que la saisine du juge du référé provision interrompt le délai de recours contentieux contre la décision de l'administration ayant rejeté la demande tendant au paiement de la somme en litige et que le délai commence à courir à nouveau à compter de la notification au requérant de l'ordonnance du juge des référés. Signalons, sur ce dernier point, que nous ne pensons pas nécessaire que vous précisiez ce qu'il adviendrait dans l'hypothèse où l'ordonnance du juge des référés serait contestée en appel puis, le cas échéant, en cassation. Vous ne l'avez pas fait, à propos du référé expertise, dans votre décision *V...*, et, par ailleurs, il nous semble certain que cette circonstance n'aurait pas pour effet d'interrompre de nouveau le délai : outre que l'exercice des voies de recours contre une décision du juge administratif n'a pas, en principe, d'effet suspensif, cela conduirait à rallonger le délai de recours de façon manifestement excessive. Un requérant qui voit son référé-provision rejeté et ne se satisfait pas de cette issue aura donc tout intérêt, même s'il conteste l'ordonnance du juge des référés, à former en parallèle un recours au fond.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹⁰ Ou dont la demande a fait l'objet d'un accusé de réception comportant la mention et a donné naissance à une décision implicite de rejet

¹¹ Voir pour cette objection : J. Barthélémy, RFDA 2002, p. 272