

LA DIVERSITÉ DES CHOIX ET LA STRATÉGIE DES CHOIX

Par

Alain XOUAL
Avocat au Barreau de Marseille

I - LA DIVERSITÉ DES CHOIX

S'il n'est pas contestable que les nouvelles procédures de référé introduites par la Loi du 30 juin 2000 constituent une véritable révolution dans la procédure administrative, il convient de rappeler qu'il existait déjà d'autres procédures de référé qui ont été maintenues dans le Code de Justice Administrative, parfois après quelques « rénovations » allant dans le sens de la simplicité et de l'urgence.

Ainsi le référé de l'article R. 541-1 du CJA (référé provision) est « dispensé » de la nécessité d'une requête au fond comme cela était le cas précédemment.

Ces autres référés sont tous des procédures d'urgence même s'ils n'apparaissent pas sous le titre du Juge des référés statuant en urgence.

Au total, c'est environ une vingtaine de procédures d'urgence que l'on peut identifier dans la procédure administrative. On en donnera une liste brève, mais qui illustre la diversité des choix en la matière :

- le référé suspension (L. 521-1),
- le référé liberté (L. 521-2),
- le référé modifiant un précédent référé ou mettant fin à ses effets (L. 521-4),
- le référé mesures utiles, autres que les précédentes à condition qu'elles ne fassent pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative (L. 521-3),
- le constat ou la mesure d'instruction (R. 531-1),
- le référé instruction ou expertise (R. 532-1),
- le référé provision (R. 541-1 à R. 541-4),
- le référé fiscal de l'article L. 552-1 (appréciation de la valeur des garanties offertes à l'appui d'une demande de sursis de paiement),
- le référé fiscal de l'article L. 552-2 (limitation ou abandon de saisie ou d'avis à tiers détenteur),
- le référé pré-contractuel (articles L. 551-1 et L. 551-2),
- le référé suspension en matière d'urbanisme et de protection de la nature (L. 554-11),
- le référé suspension démocratisation des enquêtes publiques et protection de l'environnement (L. 554-12),
- la demande de suspension du Préfet d'une décision d'une collectivité locale en matière d'urbanisme, de marchés et de délégations de services publics (L. 554-2),

- la demande de suspension du Préfet d'une décision d'une collectivité locale de l'article L. 554-1,
- la demande de suspension défense nationale du Préfet de l'article L. 554-4,
- la demande de suspension d'un acte de nature à compromettre une liberté, toujours du Préfet (L. 554-3),
- la demande de suspension présentée par le Maire de Paris, de Lyon ou de Marseille à l'encontre d'une délibération d'un conseil d'arrondissement de ces villes de l'article L. 554-2,
- la procédure d'urgence de l'article L. 776-1 du CJA contre les arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière des étrangers.

En dehors de ces procédures d'urgence apparaissant dans le Code de Justice Administrative, des textes spécifiques peuvent organiser également des procédures d'urgence.

Ainsi le Code de l'Environnement en son article L. 581-30 prévoit la possibilité de demander au Président du tribunal Administratif la suspension d'une astreinte décidée par l'autorité administrative en matière d'infraction à la réglementation sur les enseignes et la publicité jusqu'à la décision à intervenir au principal.

Il existe donc un choix important en matière de procédure d'urgence qui pourrait faire pâlir d'envie les civilistes et laisser penser que l'urgence est l'apanage de la justice administrative.

Cependant nous savons que la revendication des praticiens du droit, aujourd'hui, est une simplification de la justice et plus particulièrement de la procédure.

Trop de choix peut être source de difficultés.

Quelle stratégie alors adopter ?

II - LA STRATÉGIE DES CHOIX

Trop de choix peut être source de difficultés et en conséquence aller à l'encontre de l'urgence et de l'efficacité recherchées par le justiciable.

Le choix du référé suppose bien sûr une analyse préalable de la situation juridique pour éviter, par exemple, qu'à la suite d'une procédure contradictoire et orale, il ne faille reprendre une nouvelle procédure.

Agir sur le fondement de l'article L. 521-2 (référé liberté) alors qu'aucune liberté fondamentale n'est en cause, a été une des premières erreurs des requérants essayant le « nouveau référé ».

De même les référés prévus par le Code de Justice Administrative étant organisé selon des procédures différentes, des incompatibilités entre les « remèdes » peuvent apparaître comme en matière médicale : ainsi une société avait saisi par une même requête le Juge des référés d'un Tribunal Administratif de conclusions tendant à l'expulsion du domaine public d'un occupant sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du CJA et, d'autre part de conclusions tendant à ce que l'occupant soit condamné à lui verser une provision sur le fondement des dispositions de l'article R. 541-1 du même code.

Le Juge des référés du Tribunal avait fait droit à cette demande. En appel le Conseil d'État annule cette ordonnance dans la mesure où une telle demande unique n'est pas recevable, les demandes formées sur le fondement des articles précités étant présentées, instruites, jugées, et le cas échéant susceptibles de recours selon des règles différentes (Conseil d'État 21 mai 2003 SARL. PICO/SOCIETE SEMSAMAR requête n° 249541).

Et voilà que l'on commence à regretter la simplicité du référé civil.

Cependant même s'il peut apparaître souhaitable d'unifier les procédures d'urgence, la diversité des choix n'est pas sans justification et elle ne pose, dans les faits, pas véritablement de difficultés sérieuses.

a) La diversité est justifiée

Il y a tout d'abord l'urgence et l'extrême urgence.

Le référé liberté permet aux requérants d'obtenir une audience mais également une décision dans un délai de quarante-huit heures et ce n'est pas un vain mot.

Ainsi le pêcheur professionnel d'oursins qui se voit refuser son autorisation annuelle de pêcher les oursins dans la région de Marseille, peu de temps avant les fêtes de fin d'année alors que c'est la période la plus importante de son activité, se voit convoquer un dimanche matin au Tribunal Administratif pour statuer sur sa requête déposée le vendredi et obtient, tout ébahi, seul à l'audience, une décision de suspension de ce refus, une injonction de délivrer une autorisation provisoire pour une durée de deux mois et une injonction à l'Administration de statuer de nouveau sur sa demande dans le même délai... Un vrai conte de Noël.

De même certains référés, il est vrai réservés au Préfet, vont avoir un effet de suspension automatique de l'acte jusqu'à ce que le Juge des référés statue à condition que la demande de suspension intervienne dans les dix jours de la réception de l'acte, dont l'annulation est annulée par requête distincte (demande de suspension de l'article L. 554-2 en matière d'urbanisme, de marchés et de délégations publiques).

Toujours pour aller plus vite, certaines procédures de référé dispensent le requérant de justifier de l'urgence ; l'urgence est donc « acquise », c'est le cas du référé suspension en matière d'urbanisme et de protection de la nature (L. 554-11) où la suspension est accordée dès que l'absence d'étude d'impact est constatée.

C'est le cas également pour les déférés du Préfet à l'encontre des décisions de collectivité locale (L. 554-1), du référé fiscal, du référé pré contractuel et encore du référé provision par exemple.

Ne pas avoir à justifier de l'urgence tout en bénéficiant d'une procédure qui sera presque toujours rapide, est un avantage pour le justiciable. En effet, l'expérience nous l'a montré, le préjudice irréparable à l'époque du sursis à exécution, la notion d'urgence qui doit s'apprécier au cas par cas aujourd'hui, est le premier obstacle à l'accès à une justice rapide.

Mais en contrepartie, il faut quand même attirer l'attention du requérant sur le fait que cette « urgence acquise » sera parfois également une « urgence imposée » dans la mesure où le délai de saisine du Juge sera souvent très bref, à peine d'irrecevabilité (dix jours pour le déféré préfectoral de l'article L. 554-2, quinze jours pour le référé fiscal de l'article L. 552-1, huit jours pour une demande de suspension de l'astreinte en matière de réglementation sur les enseignes et la publicité ; en matière de référé pré-contractuel, le Juge doit être saisi avant la signature du contrat...).

Enfin le Juge des référés aura un délai plus ou moins important pour statuer, selon les procédures utilisées (quarante-huit heures pour le référé liberté, vingt jours pour le référé contractuel, un mois pour le référé fiscal (L. 552-1), etc...).

On ajoutera que si la procédure orale introduite avec le « nouveau référé » apparaît d'une façon générale à l'expérience comme un bien, l'absence d'audiences peut répondre également à l'urgence à condition bien sûr que la procédure écrite contradictoire soit faite avec diligence (référé provision, mesures utiles, etc...).

b) Quel référé choisir ?

En réalité, le choix ne sera pas véritablement difficile.

Tout d'abord certains référés ne sont ouverts qu'à certaines autorités tel que le Préfet par exemple.

Ensuite tout dépendra du délai de réaction du justiciable, si un délai de recours est imposé.

Par ailleurs de nombreux référés ont un caractère spécialisé et le choix de la procédure dépendra bien sûr de l'objet du référé.

Après cette première sélection, le choix restera plutôt limité, même si l'existence d'un référé « spécialisé » n'empêche pas le requérant d'utiliser un référé plus généraliste (par exemple le référé suspension à la place du référé pré-contractuel).

En réalité, la stratégie des choix se place plutôt au niveau de ce que l'on va demander au Juge des référés qu'il s'agisse de la suspension d'une décision ou seulement « de certains de ses effets », de la mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale, des injonctions qui seront sollicitées du Juge pour l'exécution de sa décision de référé, dans ces deux derniers cas les possibilités étant extrêmement larges, comme commence à le montrer la jurisprudence.

Il ne faut surtout pas oublier également les possibilités qu'offre l'article L. 521-4 du CJA dans la stratégie de l'urgence.

De même l'urgence n'arrive pas toujours au moment où on l'attend. Elle n'est pas nécessairement contemporaine de la décision litigieuse et peut survenir d'un fait intervenu entre temps (voir par exemple en ce sens Conseil d'État 2 juillet 2003 société OUTREMER FINANCE LIMITED requête n° 254536 sur une décision d'immobilisation d'un aéronef devenue irrégulière après résiliation du contrat de location entre le propriétaire de l'appareil et l'exploitant, la compagnie AIR Lib).

Les « nouveaux territoires » ouverts par le titre II du Livre cinquième du Code de Justice Administrative sont encore à découvrir.

LE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL : UNE PROCÉDURE NON URGENTE AU ROYAUME DE L'URGENCE

*(Ou de l'importance du parfum dans le contentieux
administratif de l'urgence)*

Par

Christian BAILLON-PASSE

Avocat au Barreau de Marseille, spécialiste en droit public

Inspiré par le droit communautaire (1) et connu à l'époque comme référé de l'article L. 22 (et L. 23) du CTACAA, le référé précontractuel est depuis (2) réglementé par les articles L. 551-1 (et L. 551-2 (3)) du Code de Justice Administrative. Il permet de saisir le président du tribunal administratif « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public ».

Le référé précontractuel est en réalité une procédure en la forme des référés. Par ailleurs, il n'est pas une procédure d'urgence. Il suffit pour s'en convaincre de s'en rapporter à la structure du Code de justice Administrative dont le Livre cinquième distingue les titres suivants :

- Titre I- Le juge des référés.
- Titre II- Le juge des référés statuant en urgence.
- (...)
- Titre V- Dispositions diverses et particulières à certains contentieux :

Chapitre I- Le référé en matière de passation de contrats et marchés (c'est ici que nous trouvons l'article L 551 1 du CJA).

Que vient-il faire alors dans une journée consacrée aux procédures d'urgence ? Comme certaine boisson célèbre qui tout en n'en étant pas se pare des atours de l'alcool, il n'est pas une procédure d'urgence mais il en a le parfum capiteux et la vigueur un peu sauvage. Rien d'étonnant donc que l'on s'interroge sur ses vertus et peut être aussi sur ses limites. Evoquant ces dernières, si l'on en croit la doctrine récente, le référé précontractuel serait aujourd'hui passé de mode (4) en raison même

(1) Transcription de la directive n° 89-665 CEE.

(2) Loi du 30 juin 2000. On ajoute bien sûr la partie réglementaire du CJA : articles R-551-1 à R. 551-4.

(3) Cet article est consacré au référé précontractuel dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(4) Voir F. Llorens et P. Soler-Couteaux « Le référé précontractuel, laissé pour compte de la réforme des procédures d'urgence », Contrats et marchés publics, p. 1. Les statistiques qui m'ont été communiquées par le tribunal administratif de Marseille – je remercie son Président Monsieur Darras et Monsieur Steck, Vice-Président – démontrent au contraire une utilisation accrue de cette procédure :