

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°274 du 24 janvier 2013

[Procédure administrative] Questions à...

## Recours en annulation pour excès de pouvoir : la charge de la preuve ne saurait incomber au seul demandeur — Questions à Hervé de Gaudemar, Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin — Lyon 3

N° Lexbase : N5437BTK



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 26 novembre 2012, n° 354 108, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6325IXK)

Dans un arrêt en date du 26 novembre 2012, le Conseil d'Etat considère qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties. S'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance. Le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur. Afin de faire le point sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Hervé de Gaudemar, Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin — Lyon 3.

Lexbase : Comment le juge administratif appréhende-t-il jusqu'ici la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir ?

**Hervé de Gaudemar** : Contrairement au droit civil, où la preuve a toujours été un élément essentiel de la procédure, aussi bien pour la conduite du procès que pour la solution à donner au litige, la question de la preuve n'a jamais vraiment eu d'importance dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle, c'est principalement autour de l'intérêt à agir, du contrôle des motifs et des pouvoirs du juge que le recours pour excès de pouvoir a alimenté les discussions doctrinales et les débats jurisprudentiels. Ce qui concerne la preuve est très largement resté en retrait.

Malgré tout, les grandes lignes du régime de la preuve ont pu être révélées par la doctrine sur la base d'une analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat, de la transposition au contentieux administratif d'une structure de raisonnement venue des procédures civile et pénale, ainsi que de la volonté de construire une relation tendant à l'équilibre entre l'administré-requérant et l'administration-défenderesse, où le juge administratif est appelé à intervenir dans la recherche de la vérité judiciaire en utilisant ses pouvoirs d'instruction.

En se plaçant dans le cadre d'une procédure inquisitoriale, le juge administratif n'attend donc pas nécessairement que l'administré fasse la preuve de ses allégations. On peut s'en réjouir, car le privilège du préalable le place systématiquement en position de demandeur, ce qui aurait pu le conduire à devoir supporter la charge de la preuve, en application de l'adage "*actori incumbit probatio*". Or, une telle preuve n'est pas toujours simple à apporter - c'est un euphémisme— face à l'administration. Exiger de l'administré qu'il apporte une preuve complète de ses allégations aurait donc pu considérablement amoindrir l'effectivité du recours pour excès de pouvoir en conférant à l'administration une sorte d'immunité résultant de la difficulté à prouver les faits établissant une illégalité de son action. Si cette remarque doit être nuancée par les progrès de la transparence de l'action administrative, elle permet de comprendre, dans la situation très particulière du rapport inégalitaire de l'administré à l'administration, comment le juge administratif a appréhendé jusqu'ici les modes de preuve et la charge de la preuve, en l'absence de texte applicable à son prétoire.

Sur le premier point, le juge administratif se montre d'une grande souplesse. A la différence de la procédure civile, devant le juge de l'excès de pouvoir les parties sont, en principe, libres de leurs moyens de preuve. Quelques textes imposent bien des modes de preuve particuliers, mais le juge administratif s'attache souvent à leur donner la portée la plus réduite. Par exemple, si l'article R. 351 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre (N° Lexbase : L2374IGZ) dispose qu'il "*ne peut être justifié de la qualité de déporté ou d'interné politique que par la production de la carte de déporté et d'interné politique*", le Conseil d'Etat estime qu'une telle qualité peut être aussi prouvée par "*des documents offrant des garanties au moins égales à celles exigées par cet article*" (1). Un seul mode de preuve n'est, cependant, jamais admis devant le juge administratif. C'est le serment décisive "*qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause*" (C. civ, art. 1357 N° Lexbase : L1019ABD). Dans certaines affaires, cette liberté des moyens de preuve pose, d'ailleurs, le problème de la loyauté des preuves.

Sur le second point, le juge administratif se montre très compréhensif envers l'administré. Conformément aux canons d'une procédure inquisitoire, le juge ne fait pas dépendre la vérité judiciaire de l'échec d'une preuve. Il forge sa conviction au regard de l'ensemble des éléments figurant au dossier, en s'appuyant sur le principe du contradictoire et sur ses pouvoirs généraux d'instruction pour établir qu'un fait est certain ou, à défaut de certitude, vraisemblable. Il accepte, notamment, de relayer l'administré, dont les allégations sont suffisamment convaincantes, en ordonnant à l'administration d'explicitier les motifs d'une décision, de fournir des documents qu'elle est seule à détenir ou de répondre au moyen de l'administré. Les arrêts "Couespel du Ménil" (2), "Barel" (3) et "Société Maison Génestal" (4) sont représentatifs de cette utilisation par le juge de ses pouvoirs d'instruction. Dans de telles hypothèses, le silence de l'administration permet de trancher en sa défaveur, ce qui a pu parfois laisser à penser qu'il y avait une inversion de la charge de la preuve. La réalité est différente car l'administration, pas plus que l'administré, n'a à apporter une preuve définitive. Devant collaborer à la recherche de la vérité, toute dispense de sa part suppose simplement que les allégations de l'administré doivent être tenues pour vraies. Il en va de même lorsqu'elle s'abstient de produire un mémoire en défense et qu'elle est réputée acquiescer aux faits, en application de l'article R. 612-6 du Code de justice administrative (N° Lexbase : L3131ALK).

C'est donc la conviction du juge, plus qu'une charge de la preuve qui permet de trancher le recours pour excès de pouvoir. Récemment, ce principe a été rappelé incidemment par le Conseil d'Etat dans un arrêt d'Assemblée du 30 octobre 2009, "Madame Perreux" (5), plus connu pour avoir renversé la jurisprudence "Cohn-Bendit" (6) sur l'invocabilité des Directives communautaires. Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat vient de nous rappeler, de la manière la plus explicite, dans l'arrêt du 26 novembre 2012, "*qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier*".

## **Lexbase : Quelle est la portée essentielle de cette décision dans ce domaine ?**

**Hervé de Gaudemar** : A mon sens, l'arrêt du 26 novembre 2012 n'apporte pas de bouleversements du système de la preuve devant le juge de l'excès de pouvoir. Il appartient à cette génération d'arrêts qui confortent le droit en le

clarifiant, plus qu'ils ne le font évoluer. Sa portée essentielle tient donc à la présence d'un considérant de principe d'une grande qualité de rédaction.

Il mérite d'être cité *in extenso* : "*considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties ; que s'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur*".

L'état du droit est donc désormais particulièrement clair sur les rôles respectifs de l'auteur d'un recours pour excès de pouvoir, du défendeur et du juge dans la manifestation de la vérité judiciaire. Il en résulte qu'il appartient aux parties de verser les éléments de nature à convaincre le juge de la pertinence de leurs allégations ou de leurs dénégations. Le défendeur ne saurait, par conséquent, s'en tenir à un rôle passif qui consisterait à attendre que le juge constate que les faits ne sont pas établis par le demandeur pour obtenir le rejet du recours. Il n'y a donc pas de charge de la preuve, au sens juridique du terme, qui pèserait d'une manière purement procédurale sur le demandeur en liant le juge à l'avance. C'est un système dit de "preuve objective" : le juge détermine la vérité à partir de l'instruction qu'il dirige et non pas à partir de la preuve des parties. En revanche, le Conseil d'Etat fait clairement apparaître qu'il existe une charge de l'allégation qui pèse sur le demandeur, qui ne peut s'en tenir à des allégations insuffisamment étayées. Le demandeur doit donc faire un effort de preuve, mais il ne court pas le risque d'une preuve imparfaite. L'acte attaqué peut très bien être annulé sur le fondement d'un début de preuve si l'administration ne s'est pas montrée suffisamment convaincante en défense. Mais si le dossier ne permet pas au juge de se forger une conviction, il revient au juge de l'excès de pouvoir de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction. La mise en œuvre de ces pouvoirs généraux d'instruction intervient donc une fois que la dialectique de la preuve a été épuisée entre les parties, sans qu'il n'en ressorte aucune conviction pour le juge sur le sort à réserver à la requête. Subsidaire, elle est laissée à l'appréciation des juges du fond.

Cependant, dans l'hypothèse où la vérité ne peut s'apprécier de manière objective, par exemple lorsque le demandeur devrait apporter une preuve négative pour étayer ses allégations, l'arrêt du 26 novembre 2012 ne remet pas en cause, à mon avis, les jurisprudences faisant porter à l'administration une véritable charge de la preuve. Il en va tout particulièrement, ainsi, de la preuve de l'accomplissement des formalités ayant précédé un acte ou des formalités de notification.

#### **Lexbase : Qu'en est-il lorsque c'est l'administration qui se retrouve en position de demandeur ?**

**Hervé de Gaudemar** : En excès de pouvoir, l'administration n'occupe jamais la position de demandeur, sauf, tout naturellement, lorsque le recours est introduit par une administration contre une autre administration. Dans ce cas, que le demandeur soit une administration ne change en rien les principes qui viennent d'être énoncés en ce qui concerne la charge de l'allégation, la dialectique de la preuve pour forger la conviction du juge et l'utilisation par le juge de ses pouvoirs généraux d'instruction.

#### **Lexbase : Dans quelle mesure le juge peut-il mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction en la matière ?**

**Hervé de Gaudemar** : Le juge peut mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction de manière subsidiaire, lorsqu'il n'arrive à être convaincu ni par les allégations du demandeur, ni par celles du défendeur. Le Conseil d'Etat conditionne, en effet, la mise en œuvre de ces pouvoirs à la condition qu'il existe des allégations sérieuses non démenties par l'administration en défense. Cette appréciation lui appartient, mais le juge ne pourrait pas décider de mettre en œuvre de telles mesures sur le seul fondement de la requête, ni en l'absence d'allégations sérieuses du requérant. Il commettrait alors une erreur de droit. On voit par là que l'examen de la requête peut être considérablement allongé par l'intervention de telles mesures d'instruction. Mais c'est un mal nécessaire pour éviter de faire porter au demandeur la charge de la preuve.

---

(1) CE, 15 mai 1953, Arnouil.

(2) CE, 1er mai 1936, Couespel du Mesnil.

(3) CE Ass., 28 mai 1954, n° 28 238, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A9107B8S).

(4) CE, S., 26 janvier 1968, n° 69 765, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A7564B8N).

(5) CE Ass., 30 octobre 2009, n° 298 348, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6040EMN).

(6) CE Ass., 22 décembre 1978, n° 11 604, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A4001AIZ).