

Bruno ODENT,
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

« LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LE PROCÈS ADMINISTRATIF ; ÉTUDE DE CAS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION »

UDK: 342.9 (44)

Pregledni rad

Primljeno: 15. 11. 2014.

Uloga odvjetnika u upravnom postupku.(1) Pokreće postupak, mora imati presudnu ulogu vis-à-vis klijenta; odvjetnik ne smije biti zadovoljan s prinosima klijenta već mora istraživati dokumente i svjedočanstava; (2) Nakon postupka. Dakako, u istrazi nije gospodar postupka, ali on mora voditi računa da osigura i zadovolji rokove i uvjete koji su mu nametnuti od strane suda;(3) Aktivna uloga u ročištima, u kojoj mora biti u stanju kratko, ali snažno odgovarati izvijestitelja-zastupniku države; (4) Ima ulogu nakon donošenja odluke: objašnjenje uloge vis-à-vis klijenta; ulogu u slučaju neizvršenja kojeg uzrokuje uprava; ulogu u procjeni opravdanosti žalbe. Posebna je uloga odvjetnika iz Vijeća: (1) on opisuje posebnost uredovnog postupka; (2)ima savjetodavnu ulogu; (3) objašnjava kasacijsku kontrolu(4) objašnjava spis protiv odluka Državnog vijeća; (5) pred Državnim vijećem objašnjava očekivanja u sporu.

Ključne riječi: *odvjetnik u upravnom postupku, odvjetnikova uloga, studija slučaja*

INTRODUCTION

Le colloque a pour thème l'exécution des décisions de l'administration et des juridictions administratives.

Mon intervention a pour objet de vous faire part de l'impression ressentie par un avocat, c'est-à-dire un représentant des justiciables.

La juridiction administrative, c'est l'administration qui se juge elle-même. Cela explique que, traditionnellement, le rôle de l'avocat était tenu comme quantité négligeable par le juge administratif contrairement au juge judiciaire pour lequel l'avocat est le partenaire naturel.

Plus largement d'ailleurs, c'était le requérant qui, pour les juridictions administratives, était considéré comme peu important. Le professeur RIVERO a dit s'être ainsi entendu dire en 1963 par des membres du Conseil d'Etat : « Mais enfin, Monsieur le professeur, pourquoi vous intéressez-vous au requérant ? Le requérant, c'est le jeton que l'on introduit dans l'appareil et qui déclenche le mécanisme contentieux. Après quoi il tombe au fond de l'appareil et pourquoi s'occuper de lui ? ». Le propos est caricatural et je ne suis pas certain qu'il ait

été tenu tel quel. Les échos que je pouvais avoir dans ma jeunesse me donnent à penser qu'il faut singulièrement le nuancer.

Mais ce qui est vrai, c'est que le juge administratif s'intéressait fort peu aux conséquences pratiques de ses décisions. Le caractère exécutoire des décisions de justice était affirmé solennellement par les auteurs classiques mais les procédures d'exécution étaient à peu près inexistantes jusqu'au dernier quart du 20^{ème} siècle.

Des réformes successives ont progressivement créé un arsenal de mesures très efficaces au point que les difficultés d'exécution ont à peu près totalement disparu. Si l'on en croit le Rapport annuel du Conseil d'Etat les difficultés d'exécution signalées en 2013 représentent environ 1% des décisions rendues.

La cause est entendue : les décisions sont, de bon ou de mauvais gré, exécutées.

Alors, pourquoi ce malaise persistant ? N'est-ce pas dû très largement à un malentendu ?

C'est là que doit intervenir l'avocat Discret dans la procédure contentieuse administrative, il est en réalité omniprésent à tous les stades, en amont du procès et en aval après la décision. Son rôle est déterminant : un seul exemple : 2 arrêts du Conseil d'Etat du 23 mars 1962 (Sieurs Mast et Revers, publiés au Recueil – à compléter oralement).

Le rôle de l'avocat dans le procès administratif (I)

Le rôle spécifique des avocats auprès du Conseil d'Etat (II)

I.- LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LE PROCÈS ADMINISTRATIF :

I.1.- Rôle lors de l'introduction de la procédure :

Il y a certes des clients de mauvaise foi ou qui n'engagent une procédure que pour gagner du temps (ex. recours contre un permis de construire) mais, dans l'ensemble, les clients sont persuadés qu'ils ont le droit pour eux et qu'ils doivent gagner le procès.

Le rôle de l'avocat est alors de leur expliquer les forces et les faiblesses de leur dossier en insistant sur les faiblesses car c'est à partir de ce dialogue que le dossier pourra se nourrir et se renforcer. Il faut, par exemple, expliquer que tel document, tel témoignage n'a pas la force probante que l'intéressé lui accorde et qu'il faut présenter d'autres documents

Il y a donc un rôle pédagogique qui est essentiel.

Un procès se gagne en fait et en droit. Si l'avocat est censé connaître le droit, il doit demander à son client de lui apporter les éléments de fait et ne pas se contenter de ce que lui apporte son client.

En d'autres termes, devant les juges du fond (la situation est différente devant le juge de cassation) le procès ne se gagne que s'il existe une étroite collaboration

entre l'avocat et son client. L'avocat met en musique non seulement ce que lui a apporté son client mais également ce qu'il a obtenu que son client lui apporte.

Ce n'est pas rendre service à son client que lui dire qu'il a raison et qu'il va gagner. J'ai pour habitude, lorsque je suis saisi en premier ressort, de dire que je me prononcerai sur les chances de succès qu'une fois que le défendeur aura produit ses observations. C'est en présence des deux thèses et des arguments réciproques que l'on peut utilement se faire une idée et c'est d'ailleurs pour cela que le caractère contradictoire de la procédure est essentiel à une bonne justice.

I.2.- Rôle dans le cours de la procédure :

La procédure civile distingue traditionnellement la postulation et la plaidoirie. La procédure administrative ne connaît pas cette distinction parce que la procédure est essentiellement écrite et que l'audience n'est pas, sauf exception, déterminante.

Le suivi de la procédure est donc un élément essentiel du rôle de l'avocat.

Il est vrai que la procédure est inquisitoire et que c'est le juge qui la dirige. Il n'y a donc qu'à se laisser conduire. C'est ainsi que c'est le juge, lorsqu'il est saisi d'une requête, qui détermine à qui cette requête doit être communiquée (contrairement à la procédure civile) et qui fixe les délais d'instruction. En apparence ce système est très confortable pour les parties mais en apparence seulement...

Parce que, une fois la requête déposée les parties ont l'impression que les choses leur échappent (c'est le jeton évoqué plus haut). Les parties peuvent avoir un intérêt commun à ce que la procédure aille vite ou, au contraire, lentement. Le juge n'en a cure. L'avocat est souvent interrogé par son client sur le calendrier de la procédure ; il ne sait que répondre. Il se réfère alors aux statistiques données par le Conseil d'Etat quant à la durée moyenne des procédures tout en sachant qu'elles donnent une image déformée de la réalité.

Il faut à cet égard donner un coup de chapeau à l'amélioration considérable de la situation : à la fin des années 70 la juridiction administrative était sinistrée. Les délais de jugement atteignaient des chiffres inacceptables, en violation des règles conventionnelles que la France avait accepté de signer (Convention EDH). Au prix d'un effort budgétaire important (nombre de magistrats, créations de juridictions) les résultats sont là mais c'est également au prix de réformes procédurales dont certaines sont brutales et dont la méconnaissance est susceptible d'engager la responsabilité de l'avocat : je pense en particulier à la question de la clôture de l'instruction.

L'avocat doit donc être très vigilant et veiller au respect des règles

I.3.- Rôle lors de l'audience :

J'ai dit, il y a un instant, que l'audience n'était pas l'élément essentiel du débat contentieux. Cela reste vrai mais cela mérite d'être nuancé.

Il y a d'ailleurs un certain paradoxe : devant le juge judiciaire la plaidoirie était traditionnellement le moment-clé du procès ; ce n'est plus le cas, la plaidoirie ayant lieu le plus souvent devant un juge unique qui en réfère ensuite aux autres membres de la juridiction et ce sont les conclusions écrites déposées avant la clôture qui cristallisent le débat contentieux. En sens inverse, l'audience a pris de l'importance devant la juridiction administrative : les plaidoiries ont lieu (sauf au Conseil d'Etat) après le prononcé des conclusions du rapporteur public, ce qui en renforce l'efficacité en permettant de recentrer les observations orales. C'était d'ailleurs là une revendication des avocats depuis longtemps, qui se plaignaient de découvrir à l'audience le point de vue du commissaire du gouvernement sans avoir la possibilité de lui répondre. Le statut de la note en délibéré a également évolué et justifie une présence à l'audience qui n'était pas nécessaire autrefois.

Il convient de faire un sort à part à l'audience de référé, le code de justice administrative énonçant que l'instruction est « écrite ou orale » (article L.522-1)

I.4.- Rôle après le prononcé de la décision :

Ce n'est pas le moindre rôle.

La lecture des décisions d'une juridiction, et particulièrement d'une juridiction administrative, n'est pas aisée. Sans parler des décisions du Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation, il faut parfois expliquer au justiciable s'il a gagné ou perdu et, quel qu'en soit le sens, quelles conclusions il faut en tirer.

Une annulation pour excès de pouvoir obtenue peut se révéler sans conséquences pratiques. Une illégalité constatée par le juge peut ne se traduire par aucune indemnisation du préjudice subi.

Un succès contentieux peut n'être qu'un « essai » qui n'est pas transformé.

C'est tout cela que l'avocat doit expliquer à son client.

Cela, c'est dans l'hypothèse où il a gagné.

Mais il y a surtout un travail d'explication dans l'hypothèse inverse où il a perdu. Il convient d'en expliquer les raisons et d'en tirer les conséquences : on ne saurait reprocher à l'avocat l'aléa contentieux ; on peut lui reprocher de ne pas avoir su analyser les raisons de l'échec et de ne pas avoir su conseiller son client sur l'attitude à adopter : abandon de la procédure ou recours ?

Il y a aussi un travail de suivi de l'exécution de la décision.

II.- LE RÔLE SPÉCIFIQUE DES AVOCATS AUPRÈS DU CONSEIL D'ETAT :

II.1.- Organisation de l'Ordre :

Je ne résiste pas au plaisir de citer un extrait de la préface à l'ouvrage publié par le Conseil de l'Ordre en 1924 à la suite de la célébration du centenaire de l'Ordonnance de 1817 qui constitue la charte fondatrice de l'Ordre et qui est encore en vigueur avec, il est vrai, un nombre important de modifications :

« Le rétablissement de l'Ordre des Avocats [au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation] par le décret du 14 décembre 1810 fut l'occasion d'une manifestation inoubliable...Il ne s'agissait pas simplement du rappel à la vie d'une corporation antique et estimée, injustement sacrifiée pendant vingt ans à une fausse conception de la liberté. Le rétablissement de l'Ordre des Avocats, c'était le prétoire fermé à l'intrigue et à l'ignorance ; c'était le savoir et la droiture mis au service des plaideurs, la loyauté assurée aux débats, la confiance rendue au juge ; c'était en un mot la restitution d'une des bases indispensables de la justice ».

Rien que cela !

Les avocats aux Conseils relèvent donc d'un Ordre spécifique présidé par un Président, lui-même assisté d'un Conseil de l'Ordre. Ce sont des officiers ministériels et ils sont donc titulaires de charges dont le nombre est fixé depuis 1817 à 60. Toutefois, le titulaire de la charge peut être soit une personne physique soit une société civile professionnelle qui peut comporter jusqu'à 4 membres. Actuellement le nombre des avocats ou avocats associés est d'environ 110, ce qui représente une augmentation substantielle en une génération.

Cela permet d'assurer la représentation des justiciables et le nombre restreint des membres de l'Ordre assure une grande cohésion et une déontologie dont, je crois, les magistrats sont satisfaits. Ce monopole de la postulation et de la plaidoirie –qui n'est d'ailleurs pas total- est assez régulièrement remis en cause au nom des principes de concurrence mais, à ce jour, il ne semble pas sérieusement menacé au regard de la spécificité de l'activité, qui est reconnue tant par le gouvernement que par les instances européennes.

II.2.- Fonctions des avocats aux Conseils :

L'existence d'un Ordre particulier repose sur des considérations historiques qu'il n'est pas dans l'esprit de ce colloque d'aborder. Sa justification se trouve renforcée par l'évolution du rôle du Conseil d'Etat. Depuis 25 ans maintenant, il recentre très largement son activité contentieuse sur le contrôle de cassation qui était marginal jusqu'à la fin des années 80. En cela il se rapproche, avec toutefois des différences sensibles, du rôle de la Cour de cassation. Or, cette technique, qui repose sur la distinction du droit et du fait, n'est pas enseignée dans les facultés de droit. Elle ne trouve pas davantage sa place dans les procédures devant les juges

du fond où un procès se gagne en droit et en fait. Pour être convenablement mise en œuvre, elle suppose une gymnastique intellectuelle quotidienne et un regard neuf sur un dossier déjà jugé.

II.2.1.- Rôle pédagogique vis-à-vis des requérants.

Il y a deux catégories de justiciables : ceux qui ne voient pas la distinction entre un troisième degré de juridiction et un contrôle de cassation et ceux qui, annonçant qu'il on « fait du droit » dans leur jeunesse, commencent leur propos en indiquant qu'ils savent très bien que le juge de cassation n'est là que pour juger la forme.

Le rôle de l'avocat aux Conseils est de leur expliquer que les choses ne sont pas aussi simples et que, si le juge de cassation doit en effet censurer les décisions qui, en la forme, ne répondent pas aux obligations qui s'imposent au juge (caractère contradictoire de la procédure, composition de la juridiction, motivation cohérente et complète), il doit également, peut-être surtout, assurer une unité de la jurisprudence et dicter aux juges du fond l'interprétation qu'il convient de donner aux textes législatifs et réglementaires notamment de façon que le même texte ait le même sens à Marseille, à Nantes ou en Nouvelle-Calédonie.

L'avocat aux Conseils doit donc informer son client des limites du contrôle. Il est déontologiquement tenu d'émettre un avis sur les chances de succès du pourvoi envisagé, de façon que son client puisse, en toute connaissance de cause, prendre lui-même sa décision. En d'autres termes, il doit l'éclairer, sans prendre la décision à sa place. Mais il doit clairement prendre parti et doit terminer sa consultation par une formule claire dans laquelle, fût-ce avec des réserves, il indique qu'il conseille ou qu'il déconseille le recours. C'est là une fonction essentielle tant vis-à-vis du client qu'il faut dissuader d'engager un pourvoi voué à l'échec, source de frais et de frustrations, que vis-à-vis du Conseil d'Etat car elle participe à l'effort de régulation du nombre des pourvois. Si les quelque 60.000 avocats français avaient la possibilité de saisir le Conseil d'Etat celui-ci se retrouverait rapidement engorgé, au détriment des justiciables.

Ce rôle d'intermédiaire va très loin puisque, dans le cadre d'une action en responsabilité engagée par un client contre son avocat auquel il reprochait de ne pas avoir soulevé un moyen d'annulation de la décision juridictionnelle contestée, le Conseil d'Etat vient tout récemment de rappeler sa jurisprudence traditionnelle : l'avocat aux Conseils est libre des moyens qu'il entend soulever. Il est donc maître de sa procédure. Sa seule obligation consiste à informer son client des raisons pour lesquelles il ne soulève pas un moyen que le client lui avait demandé de soulever. Il ne s'agit pas véritablement là d'une prérogative mais d'une protection du Conseil d'Etat puisque l'encombrement s'apprécie non seulement en fonction du nombre de dossiers mais aussi en fonction de la qualité des écritures. Et la contrepartie de cette liberté de refuser de soulever un moyen est le risque d'une action en responsabilité pour perte de chance s'il apparaît que le moyen aurait pu aboutir.

Et puis, bien sûr, il y a un rôle d'explication de la décision rendue, comme pour tous les avocats devant toutes les juridictions. Il y a cependant une particularité eu égard à la rédaction de certaines décisions du Conseil d'Etat.

Il faut expliquer :

- les décisions de non-admission des pourvois ;
- les décisions de rejet ;
- les décisions de cassation avec renvoi (modalités de saisine de la juridiction de renvoi) ;
- les décisions de cassation avec règlement de l'affaire au fond (le plus difficile).

II.2.2.- Rôle d'explication auprès du Conseil d'Etat des attentes des justiciables

Notre petit nombre nous assure une relation privilégiée avec le Conseil d'Etat (comme d'ailleurs avec la Cour de cassation). Il nous permet, soit à l'occasion de manifestations officielles, soit dans les couloirs de faire passer des messages. L'Ordre est régulièrement auditionné lorsqu'une commission interne à la juridiction administrative examine tel ou tel projet de réforme. S'il n'est pas toujours entendu, il est toujours écouté

Exemple (qui sera développé oralement) : l'information sur la procédure d'admission des pourvois.

CONCLUSION

Autrefois peu considérée, à l'exception notable du Conseil d'Etat, la juridiction administrative, qui siégeait fréquemment dans les locaux des préfectures, a désormais sa place dans l'organisation juridictionnelle. Elle est reconnue et le droit administratif, qui était peu prisé parmi les avocats, attire maintenant de nombreux candidats. Les barreaux de province accueillent d'excellentes recrues. La qualité de la rédaction des décisions des tribunaux et cours n'y est pas étrangère.

Les avocats administrativistes, au premier rang desquels les avocats aux Conseils, aiment leur juridiction administrative.

J'en veux pour preuve la position qu'ils ont prise lors de la polémique sur le commissaire du gouvernement. L'institution a été défendue avec vigueur par l'Ordre des avocats aux Conseils, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Une justice indépendante, compétente, globalement rapide, dont les décisions sont, bon gré mal gré, exécutées par l'administration.

Le bilan est positif.

LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LE PROCÈS ADMINISTRATIF; ÉTUDE DE CAS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION

Le rôle de l'avocat dans le procès administratif.1) Il engage la procédure et doit alors avoir un rôle critique vis-à-vis de son client : il doit ne pas se satisfaire de ce que le client lui apporte et le pousser à faire des recherches de documents et témoignages 2) Il suit la procédure. Certes, celle-ci est inquisitoire mais, comme précisément il n'en est pas maître, il doit veiller à respecter les délais et les impératifs qui lui sont imposés par la juridiction 3) Il a un rôle lors de l'audience de jugement et doit pouvoir répondre brièvement mais efficacement au rapporteur public. 4) Il a un rôle après le prononcé de la décision : rôle explicatif vis-à-vis du client ; rôle en cas d'inexécution spontanée par l'administration; rôle pour déterminer s'il y a lieu de former un recours. Le rôle spécifique des avocats aux Conseils:1) description de l'Ordre particulier 2) rôle de consultation 3) rôle d'explication de ce qu'est un contrôle de cassation 4) rôle d'explication de texte à l'égard des décisions du Conseil d'Etat 5) rôle d'explication auprès du Conseil d'Etat des attentes des justiciables (exemple sur la question de la procédure d'admission préalable des pourvois).

Mots-clés: *l'avocat dans le procès administratif, les rôles*

THE ROLE OF THE LAWYER IN THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS; CASE STUDY IN THE FIELD OF FULL JURISDICTION

The role of the lawyer in the administrative proceedings: (1) Initiate the procedure and must then have a critical role vis-à-vis his client: it must not be satisfied with what the client brings; lawyer's activism in research documents and testimonies; (2) Following the procedure; certainly, it is inquisitorial but as precisely it is not the master, it must ensure to meet deadlines and requirements that are imposed by the court; (3) Lawyer has a role in the trial hearing and must be able to respond briefly but effectively to the public rapporteur. (4) Lawyer has a role after the delivery of the decision: explanatory role vis-à-vis the client; role in the event of spontaneous failure by the administration; decisive role whether it is appropriate to appeal. The specific role of Council's lawyers: (1) description of the particular Order; (2) consulting role; (3) the role of explanation of a cassation control particularities; (4) the role of text analysis against decisions of the State Council; (5) the role of explanation to the State Council of the expectations of litigants (example on the issue of pre-admission procedure of appeals).

Key words: *lawyer in the administrative proceedings, lawyer's roles*