

## Le juge administratif des référés et le principe d'impartialité

(à propos de CE Sect., avis, 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, et CE Sect. 12 mai 2004, *Hakkar*)



Paul Cassia, Professeur à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, mis à disposition auprès du Conseil d'Etat



### L'essentiel

Le Conseil d'Etat a décidé que, sauf s'il allait au-delà de l'office que les textes lui attribuent, d'une part, le juge du référé-suspension peut siéger au fond alors même qu'il a pris publiquement position sur la légalité de la décision litigieuse et, d'autre part, le magistrat qui a rejeté une demande d'aide juridictionnelle provisoire, au motif que la requête pour laquelle cette demande était présentée était dénuée de fondement, peut ensuite se prononcer sur cette requête.

Il n'est pas certain toutefois que le premier de ces cumuls fonctionnels corresponde à l'exigence d'impartialité découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

1 - La mise en oeuvre des procédures d'urgence issues de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a conduit le juge administratif à s'interroger sur l'incidence du principe d'impartialité, récemment appliqué par le Conseil d'Etat à d'importantes juridictions administratives spécialisées et autorités administratives indépendantes, sur le fonctionnement de la juridiction administrative elle-même.

2 - Ce retour à la source était prévisible  (1). Le développement des procédures de référé ne pouvait que conduire le magistrat statuant seul à connaître à au moins deux reprises d'une affaire  (2), soit les deux fois au stade du provisoire, soit en liaison avec un recours au fond, de sorte que l'impartialité de la juridiction pouvait être heurtée par ce cumul.

3 - Le législateur s'était d'emblée prononcé en faveur du cumul des fonctions. S'interrogeant sur « la possibilité pour le magistrat ayant statué en référé de connaître ensuite du fond », le rapporteur du projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives avait en effet estimé que « la rédaction de [l'article L. 511-1 du code de justice administrative, ci-après CJA], en précisant qu'un magistrat n'est pas, en tant que juge des référés, saisi du principal, permettra certainement à celui-ci en tant que juge du fond, et sans que cela puisse lui être reproché, de connaître de la demande présentée au fond »  (3). Par cette disposition, le législateur a en effet clairement invité le juge des référés à ne se livrer qu'à un contrôle sommaire de la légalité de la décision contestée ; par nature, le juge des référés est celui de l'évidence. Pour le référé-suspension de l'article L. 521-1 CJA  (4) en particulier, cette différence de degré dans l'examen de la légalité de la décision litigieuse par rapport à celui effectué au fond s'est traduite par l'abandon du critère des « moyens sérieux » au profit de celui du moyen « propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité » de cette décision.

4 - Toutefois, pour deux raisons, la circonstance que le juge des référés ne préjudicie pas au principal ne peut, à elle seule, avoir d'incidence sur la question de la régularité du cumul des fonctions au regard du principe d'impartialité. D'une part, elle implique seulement « que le

tribunal saisi ultérieurement reste parfaitement libre de son appréciation au fond, mais cela ne suffit pas à restituer au juge des référés son impartialité s'il a dû pour cela et quant à lui porter une appréciation sur le fond » (5). D'autre part, la volonté législative ne peut faire échec à l'interprétation du principe d'impartialité des juridictions issu de l'article 6 § 1 Conv. EDH.

Ce principe, qui suscite un contentieux désormais abondant (6), puise en réalité sa légitimité à une double source, puisqu'il est à la fois inscrit à l'article 6 § 1 Conv. EDH - et comme tel applicable au contentieux administratif (7) - et constitue une « règle générale de procédure » (8).

5 - Sur un plan européen d'abord, il est désormais bien connu que la Cour européenne a mis en avant le double aspect revêtu par le principe d'impartialité : l'un, dit subjectif, se rapporte à la personne même du juge, à ses convictions personnelles, ses attitudes et opinions - qui ne doit pas être soupçonné de vouloir favoriser l'une quelconque des parties ; il interdit le *préjugé*. L'autre, dit objectif alors pourtant qu'il prend en compte les doutes légitimes que peut ressentir le justiciable, se rapporte à la juridiction au sens organique et fonctionnel, l'exercice de certaines fonctions par un juge suffisant à le rendre partial en raison même de ces fonctions ; il interdit le *préjugement*. Sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour européenne a évolué dans un sens qualifié de réaliste, puisqu'elle a estimé que le respect de l'exigence d'impartialité devait s'évaluer non pas seulement au seul regard des apparences (9), mais en fonction du rôle effectivement assumé par le juge avant l'examen de l'affaire au fond. Comme l'indiquait le conseiller Sargos, « hormis les situations spécifiques intrinsèquement contraires à l'exigence d'impartialité, un juge ne méconnaît pas ce principe directeur du procès par le seul fait qu'il intervient deux fois dans une même affaire. Il faut encore que la première intervention lui ait fait prendre une position ou émettre une appréciation qui apparaît objectivement comme pouvant avoir une influence sur sa seconde intervention » (10).

Il est un aspect beaucoup moins connu de l'interprétation de l'article 6 § 1 Conv. EDH, qui est pourtant fondamental s'agissant de la question du cumul des fonctions juridictionnelles au stade du provisoire et au fond. En effet, la Cour européenne interdit ce cumul dans deux hypothèses, qui dépendent de l'intensité de la prise de position par le juge du provisoire sur le bien-fondé de la requête ultérieurement examinée au principal : lorsque la procédure provisoire constitue un préjugement ; lorsque le juge du provisoire n'a pas préjugé l'affaire au fond mais que son office s'est limité à « adopter un point de vue » (11) sur les questions de droit identiques à celles qu'aura à connaître le juge du fond. Mais la Cour ne tire pas des conséquences identiques de cette différence de degré dans l'appréciation par le juge des référés du bien-fondé de la prétention au fond : dans le premier cas, celui du préjugement, rien, pas même la circonstance que le juge du provisoire et le juge du fond ne statuent pas au regard des mêmes éléments de preuve, ne peut justifier le cumul (12) ; l'interdiction du cumul est absolue. Lorsque la procédure au provisoire ne constitue pas un préjugement, et bien que « les questions traitées [par le juge des référés] ont été analogues à celles sur lesquelles il statua au sein du tribunal » (13), le cumul est autorisé quand les éléments d'appréciation sur la base desquels le juge des référés s'est prononcé diffèrent de ceux, plus étoffés, soumis au juge du principal (V. *infra*, § 25) ; l'interdiction du cumul n'est plus que relative.

Il reste encore à préciser que le champ d'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH est, selon la Cour européenne, limité : il ne s'applique pas aux procédures de référé, dans lesquelles le juge ne « décide » pas des contestations (14). Toutefois, le Conseil d'Etat a parfois, de façon très étrange, une conception plus large que la Cour européenne du champ d'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH, puisqu'il lui est arrivé de considérer que cette disposition s'appliquait aux procédures d'urgence (15).

6 - Quoi qu'il en soit, les procédures d'urgence sont en tout état de cause soumises au respect du principe interne d'impartialité.

Sur un plan purement interne, en effet, le principe d'impartialité, qui fait partie des « principes

généraux applicables à la fonction de juger » (16), est à ce point important qu'il est d'ordre public en tant qu'il porte sur la régularité de la composition de la formation de jugement (17). Il impose au juge de n'avoir aucun préjugé en faveur ou à l'encontre d'une partie au litige dont il a à connaître : seul le procès doit conduire le magistrat à se forger une opinion définitive sur le bien-fondé des prétentions qui lui sont soumises. Dans le contentieux administratif, deux types d'atteintes au principe d'impartialité sont censurées.

Dans le premier type de cas, est censurée l'interférence des fonctions juridictionnelles avec des activités de nature administrative au cours desquelles la même personne ou institution adopte des actes décisifs ou prend publiquement position sur le fond. Le juge devient alors, directement ou indirectement, partie au litige sur lequel il est appelé à statuer : il en est ainsi lorsqu'un magistrat administratif participe au jugement d'un recours relatif à une décision au sujet de laquelle il a donné un avis public (18), lorsque l'un des magistrats qui a siégé dans la formation de jugement qui a statué sur la requête d'une commune est la fille d'un conseiller municipal (19), lorsqu'un conseiller de tribunal administratif exerce les fonctions de commissaire du gouvernement à l'occasion du recours d'un étranger contre un arrêté d'expulsion alors qu'il a participé à la séance publique de la commission d'expulsion où la situation de l'intéressé était examinée (20), lorsqu'un fonctionnaire siège, sans que des garanties appropriées assurent son indépendance, dans une juridiction en raison de ses fonctions alors que celles-ci le font participer à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction (21), lorsqu'une institution statue en tant que juridiction sur une gestion de fait alors qu'elle a précédemment évoqué l'affaire dans son rapport public (22) ou lorsqu'une formation d'un tribunal administratif statue, en qualité d'autorité administrative, sur une demande présentée par un contribuable en vue d'être autorisé à relever appel d'un jugement comprenant des magistrats qui ont rendu le jugement en cause (23).

Dans le second type de cas, le juge administratif condamne l'interférence entre des fonctions juridictionnelles successives lorsque, dans l'exercice des premières fonctions, a été porté soit une opinion publique sur le fond, soit un préjugement, soit *a fortiori* un jugement sur le règlement final du litige : il en est ainsi lorsqu'un magistrat est appelé à juger alors qu'il a eu précédemment, à l'occasion d'un jugement avant dire droit, à se prononcer publiquement sur l'affaire en qualité de commissaire du gouvernement (24) ou alors qu'il connaît en appel d'une affaire qu'il a jugée en premier degré (25) ou encore si la fonction du rapporteur, présent au délibéré, est comparable à celle d'un procureur ou d'un juge d'instruction au pénal (26). En définitive, il ressort de cette jurisprudence que l'exigence d'impartialité fait obstacle à ce qu'un juge tranche une question dont il a eu à connaître en ne se limitant pas à des constatations matérielles objectives à son sujet, mais en prenant une décision et donc en portant une appréciation personnelle préjugant le fond de celle-ci (27).

7 - Quatre affaires ont donné l'occasion au Conseil d'Etat de préciser l'incidence des exigences européenne et interne d'impartialité sur le cumul des fonctions lorsqu'un magistrat a statué ou est appelé à statuer en qualité de juge des référés.

Dans l'affaire *Olard* (28), le requérant, ostréiculteur, avait sollicité du préfet du Calvados une concession supplémentaire. Il avait contesté la décision de refus devant le Tribunal administratif de Caen, lequel l'avait annulée le 3 juillet 2003 et avait enjoint au préfet de prendre une nouvelle décision dans un délai de trois mois. Le 16 octobre 2003, le préfet prenait une nouvelle décision de refus ; le requérant demandait alors au juge des référés du Tribunal administratif de Caen la suspension de cette décision, sur le fondement de l'article L. 521-1 CJA. Pour faire droit à cette demande de suspension, le juge des référés considérait que le moyen tiré de ce que le préfet avait violé la chose jugée et commis une erreur de droit en reprenant « le motif de droit pourtant censuré par le tribunal administratif sans invoquer de circonstances de fait nouvelles » était de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée. A l'appui de son recours en cassation, le ministre estimait que l'ordonnance était irrégulière dans la mesure où le juge des référés avait présidé la formation collégiale qui, le 3 juillet précédent, avait annulé la décision du préfet. Conformément à sa jurisprudence antérieure (29), le Conseil d'Etat a rejeté le recours en cassation au motif que le litige relatif au second refus ne se rapportait pas à l'exécution du jugement du 3 juillet 2003, puisque la décision annulée n'était pas celle qui avait fait l'objet de la suspension, de sorte que l'affaire

jugée en référé n'était plus la même que celle antérieurement jugée au fond.

A l'origine de l'affaire *Cne de Rogerville*, on trouve un arrêté en date du 23 novembre 2000 par lequel le préfet de Seine-Maritime avait créé la communauté de l'agglomération havraise. La commune de Rogerville avait saisi le Tribunal administratif de Rouen afin qu'il en prononce l'annulation ; par un jugement en date du 20 septembre 2001, cette demande avait été rejetée par la première chambre de ce tribunal, composée de trois membres. Or, le rapporteur de l'affaire, statuant en qualité de juge du référé-suspension, avait, par une ordonnance du 1er mars 2000, rejeté la demande de suspension de l'exécution de l'arrêté du 23 novembre 2000. En appel du jugement du 20 septembre 2001, la commune soutenait que le principe d'impartialité avait été méconnu par le tribunal administratif, puisque la formation de jugement était composée d'un magistrat ayant déjà eu à se prononcer sur le dossier au stade du référé-suspension : le magistrat en cause ayant eu à examiner si les moyens développés dans le cadre de l'article L. 521-1 CJA étaient propres à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision, il ne pouvait participer à la formation de jugement au fond. La formation plénière de la Cour administrative d'appel de Douai a estimé que cette question de droit nouvelle était susceptible de se poser dans de nombreux litiges et a par la suite transmis pour avis le dossier au Conseil d'Etat, en application de l'article L. 113-1 CJA.

A vrai dire, certes susceptible de se poser quotidiennement dans toutes les juridictions administratives, la question de droit n'était pas tout à fait « nouvelle ». Elle avait en effet été tranchée, en des sens différents mais pour des régimes juridiques distincts, par deux arrêts de cours administratives d'appel. Celle de Paris avait jugé, s'agissant du sursis à exécution, que la circonstance que les membres d'une juridiction ayant concouru au jugement collégial de première instance avaient antérieurement pris une mesure conservatoire en ordonnant le sursis à exécution de la décision contestée « non seulement ne porte pas atteinte au principe d'impartialité dont fait application l'article 6 § 1 Conv. EDH mais répond, dans l'intérêt des parties, à l'exigence d'une bonne administration de la justice » (30) ; celle de Bordeaux avait estimé, pour le référé-suspension et au regard du seul droit interne, que le juge unique qui a statué par ordonnance prise au titre de l'article L. 521-1 sur une demande de suspension d'une décision administrative ne peut participer à la formation de jugement au fond, lorsqu'il s'est prononcé sur la condition tenant à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux (31). Le Conseil d'Etat a infirmé cette position, en faisant de l'autorisation du cumul le principe.

Dans l'affaire *Hakkar*, le demandeur, incarcéré à la centrale pénitentiaire de Clairvaux pour une peine de prison à perpétuité, avait saisi, le 4 novembre 2003, le juge du référé-liberté du Tribunal administratif de Besançon afin que soit prononcée, d'une part, l'annulation de la décision préfectorale du 27 août 2003 rejetant sa demande de renouvellement de la carte d'identité française, et, d'autre part, une injonction tendant à ce que cette carte soit délivrée dans un délai de sept jours. Le lendemain, par une « décision d'administration judiciaire » (32), le président du tribunal administratif rejetait, à titre provisoire, la demande d'aide juridictionnelle du requérant formée en application de la loi du 10 juillet 1991 modifiée relative à l'aide juridique (33), au motif que la requête en référé formée au titre de l'article L. 521-2 était dénuée de fondement (34). Puis, le lendemain, soit le 6 novembre 2003, ce même magistrat, statuant alors en qualité de juge des référés, rejetait cette requête sur le fondement de la procédure de tri de l'article L. 522-3, au motif, d'une part, que les conclusions à fin d'annulation étaient irrecevables en référé et, d'autre part, que le requérant, privé de sa liberté d'aller et venir du fait de son incarcération, ne pouvait se plaindre d'une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté et qu'il n'y avait pas urgence à prendre les mesures sollicitées. Le requérant a alors formé un recours en cassation (35) devant le Conseil d'Etat contre cette ordonnance, en ne faisant valoir qu'un seul moyen, tiré de l'absence d'impartialité du juge des référés. Le Conseil d'Etat n'a pas fait droit à ce moyen.

Enfin, dans l'affaire *Société Resotim*, la société requérante avait, par une ordonnance du 8 avril 2004, obtenu du juge du référé-suspension du Tribunal administratif de Nice la suspension de l'exécution d'un arrêté préfectoral du 3 mars 2004 accordant le concours de la force publique pour que soit procédé à l'expulsion de la requérante des lots qu'elle occupait dans une résidence de tourisme en vertu de baux commerciaux conclus notamment avec les

constructeurs de la résidence, les SNC Bon Puits I et II. Ces dernières avaient alors formé, en application de l'article R. 823-1 CJA, une requête en tierce opposition, en estimant que l'ordonnance du 8 avril 2004 portait atteinte à leurs droits. Par une ordonnance du 7 juillet 2004, le même juge des référés du Tribunal administratif de Nice, convaincu par les arguments des SNC, déclarait la tierce opposition recevable, annulait sa précédente ordonnance et rejetait les conclusions de la société Resotim à fin de suspension. Le Conseil d'Etat a rejeté le recours en cassation formé par cette dernière contre la seconde ordonnance, en jugeant sans incidence sur la légalité externe de cette ordonnance la circonstance qu'un même magistrat ait statué à deux reprises sur une même affaire, puisque « aucune règle générale de procédure, et notamment pas le principe d'impartialité, ne fait obstacle à ce qu'un recours en tierce opposition, qui doit être porté devant la juridiction dont émane la décision juridictionnelle dont la rétractation est demandée, soit jugé par la formation de jugement ou le juge qui a rendu cette décision » (36).

8 - En autorisant le cumul des fonctions juridictionnelles, qu'il se produise au provisoire, au fond puis au provisoire, et surtout au provisoire puis au fond, le Conseil d'Etat a fait le choix de la simplicité. Il n'est toutefois pas certain que ce principe de l'autorisation du cumul soit toujours cohérent avec l'exigence d'impartialité telle qu'elle est interprétée notamment par la Cour de cassation et la Cour européenne (I), malgré les limites que lui a imposées le Conseil d'Etat (II).

I - Le principe de l'autorisation du cumul des fonctions au provisoire et au fond

9 - Dans l'avis *Cne de Rogerville*, sur lequel les développements qui suivent seront basés, mais aussi dans l'arrêt *Hakkar*, le Conseil d'Etat a autorisé le cumul des fonctions pour des raisons pratiques non écrites (A) et pour des raisons juridiques tirées de l'absence de méconnaissance du principe d'impartialité (B), dont aucune n'emporte la conviction.

A - Le rejet des arguments pratiques en défaveur du cumul des fonctions

10 - Avant la réforme des procédures d'urgence, une juridiction administrative avait considéré que le cumul des fonctions au provisoire et au fond répondait, « dans l'intérêt des parties, à l'exigence d'une bonne administration de la justice » (37). Bien que des magistrats administratifs se soient prononcés en ce sens sous l'empire des référés issus de la loi du 30 juin 2000 (1), il nous semble que la séparation stricte entre ces fonctions ne ferait pas obstacle à cette exigence (2).

1 - La bonne administration de la justice plaide-t-elle en faveur du cumul des fonctions ?

11 - En 1970, le commissaire du gouvernement Bertrand soutenait que « le souci d'assurer l'impartialité des juges devrait conduire, en toute logique, à écarter du jugement d'une affaire, non seulement tout conseiller ayant rempli les fonctions de commissaire du gouvernement préalablement à un jugement avant dire droit, mais tout membre de la juridiction ayant participé à un jugement de cette sorte, ce qui ne serait pas conforme à vos propres pratiques, et aboutirait en outre à bloquer complètement le fonctionnement des tribunaux administratifs » (38). Ce risque de bouleversement de l'organisation du travail des magistrats administratifs, qui léserait en définitive le justiciable lui-même, avait de nouveau été mis en relief avant l'avis *Cne de Rogerville*, des magistrats administratifs faisant valoir « les lourds inconvénients pratiques de l'exclusion du juge des référés » de la procédure au fond (39), reprenant ainsi des termes déjà utilisés en faveur du cumul des fonctions par d'éminents membres du Conseil d'Etat (40). Etais stigmatisée par avance toute solution qui aurait pour effet d'entraîner la « multiplication » (*sic*) des magistrats qui auraient à traiter un dossier, ce qui « rédui[rait] la capacité de jugement, alors que les tribunaux administratifs sont déjà passablement encombrés et invités à améliorer leur productivité ».

Après que cet avis a été lu, des magistrats administratifs se sont félicités de ce qu'il « préserve les juridictions administratives d'une réorganisation qui aurait pu s'avérer délicate », laquelle aurait principalement pour objet d'interdire à un président de chambre de siéger lorsqu'il a connu d'une affaire en référé, attribuée pour ce qui concerne le fond à cette



chambre ; en outre, une interdiction du cumul aurait conduit à ce que le « travail juridictionnel » aurait été « ralenti », puisque, « en logique pure (*sic*), en obligeant plusieurs juges à se pencher sur le même dossier, on multiplie d'autant le temps passé sur celui-ci » (41). Ces risques semblent avoir influencé le Conseil d'Etat, puisque certains de ses membres ont indiqué que « la bonne administration de la justice aurait pâti d'une solution inverse [à celle adoptée par l'avis du 12 mai 2004], compte tenu des effectifs des juridictions » (42). De même, dans l'affaire *Hakkar*, l'interdiction du cumul des fonctions pour l'examen d'une demande d'aide juridictionnelle et en référé aurait vraisemblablement posé des difficultés de fonctionnement à certains tribunaux administratifs - comme aux juridictions judiciaires à une chambre - puisque le magistrat qui aurait rejeté, soit seul, soit en qualité de président du bureau d'aide juridictionnelle, une demande d'aide juridictionnelle formée au titre de l'article 7 de la loi du 10 juillet 1991 précitée, au motif qu'elle est manifestement irrecevable ou dénuée de fondement, aurait dû se déporter dans l'instance de référé. Et il est vrai que la Cour européenne, lorsqu'elle applique le principe d'impartialité, n'est pas insensible aux arguments tenant à la bonne administration de la justice, en ce sens qu'elle se félicite parfois de ce que les mêmes magistrats se prononcent deux fois sur la culpabilité d'un accusé, puisqu'une solution inverse serait de nature à « ralentir le travail de la justice, obligeant un plus grand nombre de juges à étudier un même dossier, ce qui paraît peu compatible avec le respect du délai raisonnable » (43).

12 - Il convient de préciser que, avant l'avis *Cne de Rogerville*, la pratique différait selon les juridictions. Par exemple, au Tribunal administratif de Bastia (qui est composé de deux chambres), où l'ensemble des référés était traité par le président et le vice-président du tribunal, en fonction de la spécialité des chambres qu'ils présidaient, il avait été décidé que la chambre qui connaîtrait de l'affaire au fond ne serait pas celle dont le président avait traité le référé ; les dossiers de fond étaient transférés à une autre chambre, en dépit des spécialités de chacune, à moins que le président de chambre n'ait statué en référé hors spécialité de sa chambre. A l'inverse, aux Tribunaux administratifs de Caen et Nancy (composés de deux chambres), le dossier de fond était maintenu au rapport de la chambre dont le président avait exercé la fonction de juge du référé-suspension ; au Tribunal administratif de Clermont-Ferrand (deux chambres), les référés-suspension étaient traités par les deux présidents de chaque chambre en fonction de la spécialisation des chambres puis examinés au fond par la chambre présidée par le magistrat ayant exercé les fonctions de juge des référés. Dans les Tribunaux administratifs de Cayenne (deux magistrats), de Fort-de-France (quatre magistrats) et de Basse-Terre (quatre magistrats), il n'est pas matériellement possible que le président du tribunal, qui exerce les fonctions de juge des référés, ne participe pas à la formation de jugement appelée à statuer au fond.

Une position médiane était prise dans d'autres tribunaux : dans celui de Pau (deux chambres) comme dans celui de Saint-Denis de La Réunion (deux chambres), le conseiller qui avait traité la demande de suspension ne pouvait en principe siéger lors de l'examen du dossier de fond ; toutefois, le magistrat siégeant en référé qui n'avait pas examiné le bien-fondé de la demande de suspension pouvait faire partie de la formation collégiale statuant au fond.

13 - Il semble donc en effet qu'interdire au juge des référés de connaître de l'affaire au fond aurait eu de nombreux inconvénients : dans les tribunaux administratifs, la spécialisation des chambres aurait été compromise ; les présidents de chambres, juges des référés, auraient été contraints de se remplacer dans les présidences des formations de jugement, ce qui aurait multiplié les audiences et les aurait amenés à se prononcer sur des dossiers qu'ils n'auraient normalement pas été appelés à traiter. Au-delà des référés, cette interdiction aurait pu avoir des effets « collatéraux » difficilement mesurables et assez absurdes, puisque par exemple l'on aurait pu imaginer, au Conseil d'Etat, que le président d'une sous-section qui déciderait de l'admission d'un recours en cassation ne pourrait siéger au fond, l'admission, quoique étant une simple mesure d'instruction, pouvant être regardée comme formalisant une prise de parti sur le caractère sérieux d'au moins l'un des moyens...

2 - La bonne administration de la justice n'est pas entravée par les limitations au cumul des fonctions

14 - Aucun des arguments ci-dessus avancés ne semble convaincant, pour trois raisons.

En premier lieu, il est inexact d'écrire que « la loi prévoit que le juge du référé est un président de chambre » (44). L'article L. 511-2 CJA prévoit que « sont juges des référés les présidents des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller ». La loi distingue donc les juges des référés de plein droit de ceux désignés par le président de la juridiction. Ces derniers doivent en principe être des magistrats chevronnés (45). Mais d'une part, la loi a en réalité prévu que tout magistrat administratif pouvait être juge des référés en cas « d'absence ou d'empêchement » de ceux ayant les qualités normalement requises ; virtuellement donc, tous les membres du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel sont juges des référés (46). D'autre part, en situation « normale » de fonctionnement de la juridiction, même dans les tribunaux administratifs ne comportant que deux chambres, les premiers conseillers n'exerçant pas les fonctions de président de chambre peuvent eux aussi être désignés en qualité de juge des référés.

En deuxième lieu, l'on ne voit pas quel principe justifie qu'en pratique une demande en référé soit précisément attribuée au président de la chambre chargée de statuer au fond, « de sorte qu'il incombe, par exemple, au président de la chambre fonction publique de traiter les référés concernant cette matière » (47). Si chacun a ses domaines de prédilection, on a du mal à concevoir qu'un magistrat administratif ne soit pas apte à traiter d'une façon égale tout type de litige relevant du droit administratif - alors surtout qu'il ne saurait être question d'innover en référé mais simplement de statuer en l'état de la jurisprudence, et que la circonstance que la question apparaisse trop complexe au juge des référés est à elle seule de nature à justifier l'absence de doute sérieux quant à la légalité de la décision litigieuse. Par exemple, au Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, les référés sont traités par les magistrats en fonction de leur jour de permanence, quelle que soit la matière sur laquelle porte la demande en urgence, de sorte qu'il est fréquent qu'un magistrat affecté à l'une des deux chambres spécialisées dans le contentieux fiscal traite de référés en matière d'urbanisme... En réalité, si le Conseil d'Etat avait interdit le cumul des fonctions lorsque le juge du référé-suspension a pris position sur la condition tenant au doute sérieux, les prétendus problèmes d'organisation évoqués ci-dessus par des magistrats administratifs auraient aisément pu trouver leur solution, puisqu'il aurait suffi que la demande en référé soit précisément confiée au président - ou à l'un des premiers conseillers - de la chambre qui n'aurait pas été appelée à connaître du fond... D'ailleurs, un membre du Conseil d'Etat particulièrement bien placé en la matière a estimé, au regard de l'arrêt *Brada* précité de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 18 novembre 2003, que « l'existence minimale de deux chambres, sans pour autant supprimer toute difficulté, permet donc de résoudre ces problèmes [consécutifs aux situations d'incompatibilité] qui ne se posent plus aux juridictions disposant d'un nombre de chambres élevé » (48).

En troisième lieu, il n'est pas indifférent de prendre en compte la pratique des juges des référés du Conseil d'Etat avant l'avis du 12 mai 2004, lesquels se « déportaient » lorsqu'ils avaient à connaître d'une affaire au sein d'une formation collégiale, alors qu'ils avaient statué sur l'existence d'un doute sérieux dans le cadre du référé. Cette circonstance montre que la réponse à donner à la question de la légalité du cumul des fonctions ne peut dépendre d'arguments pratiques, tenant à l'organisation de la justice, mais uniquement de considérations juridiques.

B - Les fondements juridiques critiquables de l'autorisation du cumul des fonctions

15 - L'avis *Cne de Rogerville* ne paraissant pas correspondre à l'interprétation de l'article 6 § 1 Conv. EDH donnée par d'autres juridictions que le Conseil d'Etat français ou par la Cour européenne elle-même (1), il convient de préciser, à la lumière de cette interprétation, ce qu'aurait pu - et même dû - être la réponse du Conseil d'Etat à la demande d'avis (2).

1 - La solution retenue dans l'avis *Commune de Rogerville* : l'autorisation du cumul

fonctionnel

16 - Dans l'avis *Cne de Rogerville*, le Conseil d'Etat a fondé l'autorisation du cumul des fonctions sur un faisceau d'éléments, dont aucun n'emporte la conviction, pris séparément et dans leur globalité.

17 - Aux cas particuliers, en premier lieu, il était d'abord rappelé que « le juge des référés procède dans les plus brefs délais à une instruction succincte - distincte de celle au vu de laquelle le juge saisi du principal statuera ». Pour l'appréciation du doute sérieux, cette affirmation n'est pas vérifiée dans tous les cas. Dans le cadre de l'article L. 521-1 CJA, il arrive en effet assez fréquemment que le demandeur recopie intégralement dans la requête en référé les moyens d'annulation énoncés dans la requête au principal. En règle générale, si le juge des référés estime qu'il y a lieu de procéder à l'instruction de la demande en référé, les arguments en défense développés soit à l'écrit, soit à l'oral seront en substance identiques à ceux qui seront par la suite énoncés dans la procédure au principal.

Ensuite, la circonstance que l'ordonnance de référé soit dépourvue de « l'autorité de la chose jugée » (49) n'empêche pas que le juge des référés porte une appréciation sur le bien-fondé de la prétention qui anticipe sur celle du juge du fond. S'il suffisait de constater que les ordonnances sont dépourvues de force obligatoire pour le juge du fond pour autoriser le cumul des fonctions, dans ce cas tout juge administratif des référés pourrait statuer au fond, quel que soit le référé en cause, sans qu'il soit besoin de s'interroger au cas par cas sur le degré de préjugement !

Enfin, c'est de façon partiellement inexacte que la Section du contentieux du Conseil d'Etat a indiqué, pour justifier l'autorisation du cumul, que le juge des référés « peut lui-même modifier la portée [de son ordonnance] au vu d'un élément nouveau invoqué devant lui par toute personne intéressée ». En réalité, la procédure du référé-réexamen de l'article L. 521-4 CJA, à laquelle le Conseil d'Etat a entendu faire référence, n'est pas toujours opérante dans le contentieux de l'urgence, puisqu'elle ne peut être mise en oeuvre lorsque le juge des référés a, par son ordonnance initiale, ordonné le rejet de la demande en référé (50) : c'est ainsi que doit être annulée l'ordonnance par laquelle le juge des référés d'un tribunal administratif, saisi sur le fondement de l'article L. 521-4 CJA, a fait droit à la demande de suspension antérieurement refusée par une précédente ordonnance (51) ou qu'est irrecevable le référé-réexamen par lequel le requérant demande, au vu d'un élément nouveau, que soit modifiée une précédente ordonnance par laquelle le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat avait rejeté la demande de suspension d'un décret du président de la République (52).

18 - Globalement, et en second lieu, les critères retenus par le Conseil d'Etat ne nous semblent pas correspondre à ceux exigés pour déterminer la partialité d'une juridiction. Certes, ces critères peuvent se prévaloir de deux précédents, l'un français et l'autre belge.

Pour une part, en effet, ils évoquent ceux un temps retenus par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 16 juin 1988, la Cour de cassation n'avait pas vu d'incompatibilité contraire au principe d'impartialité à ce qu'un juge, qui avait déclaré manifestement illicite l'exercice illégal de l'art dentaire et en avait ordonné la cessation en référé, siège par la suite en correctionnelle sur les poursuites engagées sur les mêmes faits ; la Cour de cassation avait considéré que le caractère provisoire de la décision en référé et la circonstance que le juge des référés peut, sans se déjuger, modifier son appréciation lorsqu'il est appelé à statuer au fond, étaient de nature à rendre sans objet le doute qui pourrait saisir le justiciable quant à l'impartialité de la juridiction (53). Or, la doctrine s'accorde à considérer que ces critères d'appréciation, trop peu réalistes, ont été abandonnés par les arrêts du 6 novembre 1998 (54).

Pour une autre part, les critères retenus par le Conseil d'Etat reprennent ceux de la Cour d'arbitrage de Belgique, posés dans un arrêt du 10 février 1999, qui a admis le cumul des fonctions au fond et au provisoire au motif que « la décision de suspension est une décision provisoire qui est la première phase d'une procédure unique dont il y a lieu d'assurer la continuité. Cette décision est cependant susceptible d'être remise en cause par la décision définitive statuant sur le recours en annulation. Par conséquent, cette mesure ne préjuge pas



de la décision au fond rendue par le Conseil d'Etat lorsqu'il juge définitivement de la légalité d'un acte administratif ». Or, comme il a été relevé, « il est bien évident qu'en droit une décision rendue au provisoire n'a aucune autorité de chose jugée en manière telle que, après avoir statué dans l'instance en suspension, le juge pourrait, sans se déjuger, retenir un autre parti dans le cadre de l'instance au fond. Mais cette analyse purement formelle du problème ne rencontre pas la question. Ce n'est pas parce que l'instance antérieure a une nature provisoire alors que la suivante a une nature définitive que l'on peut légitimement en déduire que l'exigence d'impartialité a été nécessairement respectée » (55).

19 - En outre, il ne paraît pas exact de considérer que l'avis *Cne de Rogerville* « rejoint » (56) la jurisprudence de la Cour de cassation, telle qu'elle résulte notamment de l'arrêt *Guillotet* du 6 novembre 1998. Il est vrai que ce dernier arrêt, par lequel la Cour de cassation juge que « la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement », est souvent mal compris. En l'occurrence, le litige opposait un entrepreneur (M. Guillotet) et un sous-traitant (la société Castel et Fromaget), à qui l'entrepreneur avait confié la réalisation d'un lot ; des contestations étant survenues entre ces parties, la juridiction des référés du Tribunal de grande instance de Rennes avait autorisé, le 24 octobre 1989, à hauteur de 1 100 000 francs, la saisie conservatoire formée par le sous-traitant. Ce n'est que quelques semaines plus tard que, par deux ordonnances de référé des 22 novembre 1989 et 14 février 1990, le magistrat qui statuera ensuite sur la prétention en appel apparaît dans le litige ; ce magistrat s'est borné, à l'occasion de la première ordonnance, à cantonner la saisie à la somme de 700 877,30 francs, écartant ainsi une somme de près de 200 000 francs correspondant à des travaux supplémentaires contestés par l'entrepreneur et, à l'occasion de la seconde ordonnance, à rejeter une nouvelle demande de rétractation. On le constate, le juge civil des référés n'avait, à l'occasion d'aucune de ces ordonnances, eu à prendre position sur le fond de l'affaire ; d'ailleurs, la Cour de cassation, dans l'affaire *Guillotet*, a clairement indiqué que le juge des référés s'était borné à mettre en oeuvre une précédente décision judiciaire - celle du 24 octobre 1989 (57). En d'autres termes, l'arrêt *Guillotet* constitue le pendant de la décision précitée *Entreprise de transports et de distribution d'électricité* du 6 février 1970, par laquelle le Conseil d'Etat n'avait pas vu d'atteinte au principe d'impartialité dans la circonstance qu'un commissaire du gouvernement ayant conclu à l'occasion du jugement avant dire droit siège ultérieurement dans l'instance au fond, dès lors que le tribunal administratif s'était borné dans son jugement avant dire droit « à donner acte à deux des parties en cause du choix de leurs experts et à nommer deux autres experts », de sorte que le commissaire du gouvernement « n'avait aucune opinion à exprimer sur des questions de droit ou de fait de nature à avoir une influence sur la recevabilité ou le bien-fondé des prétentions des parties ».

En réalité, la jurisprudence de la Cour de cassation sur le cumul des fonctions au provisoire et au principal, lorsque le juge des référés a connu du fond, a été fixée, en dehors du cas du référé-provision tranché par l'arrêt *Sté Bord Na Mona* du 6 novembre 1998, par un arrêt du 9 octobre 2001 - dans un sens contraire à l'avis *Cne de Rogerville* : la Cour de cassation a considéré que le Conseil de la concurrence viole le principe d'impartialité lorsque la formation qui statue au fond comprend des membres qui, dans la même affaire, ont prononcé des mesures conservatoires, alors même que ces dernières l'ont été « avant enquête approfondie sur le fond » (58). La Cour de cassation ne pouvait être plus explicite : le magistrat qui a connu du fond en référé ne peut ensuite siéger au principal, quand bien même le juge des référés a statué au vu d'une « instruction succincte », pour reprendre les termes de l'avis *Cne de Rogerville*.

20 - Cette jurisprudence est cohérente avec celle du Conseil d'Etat de Belgique, fixée par un arrêt du 14 décembre 2000 qui, soulevant d'office l'application de l'article 6 § 1 Conv. EDH, a jugé que « lorsqu'un magistrat statuant sur une demande en référé se prononce sur le sérieux des moyens invoqués, il émet un jugement sur l'apparence de fondement de ces moyens ; que s'il est vrai que cette appréciation ne le lie pas pour l'examen du fond, le justiciable peut raisonnablement éprouver la crainte que le magistrat devant lequel il plaide ait, dès avant

d'avoir pris connaissance des pièces de procédure relative au recours en annulation, une opinion quant à la solution à donner à ce recours ; qu'en effet, juger qu'un moyen n'est pas sérieux revient à décider, au terme d'un premier examen, que les arguments invoqués à l'appui de ce moyen ne sont pas convaincants ; qu'à moins que des éléments neufs de nature à modifier cette appréciation ne soient versés au dossier, le justiciable est fondé à redouter que le magistrat qui a porté cette appréciation ne persiste à les trouver peu convaincants lorsqu'il est appelé à statuer sur le recours en annulation ; (...) afin de préserver le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention dans les cas où un recours en annulation a une issue déterminante sur les droits et obligations de caractère civil d'une des parties, il s'impose d'écarter l'application des dispositions de droit interne qui prescrivent au magistrat qui, statuant en référé, s'est prononcé sur le sérieux d'un moyen ou sur la recevabilité du recours ou d'un moyen, de siéger pour l'examen du recours en annulation » (59). En droit luxembourgeois également, le cumul des fonctions en référé et au fond a été clairement prohibé, par le législateur lui-même (60).

21 - Il faut enfin ajouter que l'arrêt *Morel c/ France* du 6 juin 2000, qui semble, à la lecture des conclusions du commissaire du gouvernement, avoir influencé la Section du contentieux, ne paraît pas constituer un précédent pertinent. La Cour européenne a en effet estimé régulier au regard du principe d'impartialité la circonstance qu'un tribunal de commerce ait prononcé une liquidation judiciaire, alors que cette juridiction avait été présidée par un juge-commissaire ayant pris plusieurs ordonnances de gestion de la société en cours d'observation ; or, l'on ne voit pas ici que le juge-commissaire ait eu à se prononcer sur une quelconque question de droit dont le tribunal aurait ultérieurement eu à connaître (61) : si l'arrêt *Morel* légitime a posteriori l'arrêt *Guillotet* de la Cour de cassation, il ne résout pas la question de la légalité du cumul lorsque le juge des référés s'est prononcé sur l'existence d'un moyen de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision critiquée au fond ! De même, dans l'affaire *Nortier*, où le juge de la détention provisoire s'était ultérieurement prononcé au fond sur la culpabilité de l'intéressé, la Cour européenne a exclu la méconnaissance de l'article 6 § 1 Conv. EDH, au motif que les questions à trancher par le juge du provisoire et le juge du fond ne coïncidaient pas (62), alors que celles soumises au juge du référé-suspension et au juge du fond coïncident nécessairement, la première procédure n'étant que l'accessoire de la seconde : en d'autres termes, il s'agit d'une même affaire dès lors que la décision dont l'annulation ou la suspension est demandée découle des mêmes faits et que les questions de droit successivement examinées sont du même ordre.

2 - La solution proposée : l'interdiction du cumul fonctionnel, sous réserve de l'évolution du débat contentieux

22 - Quelle pourrait alors être la réponse, nécessairement différente de celle donnée dans l'avis *Cne de Rogerville*, à la question du cumul des fonctions au provisoire et au fond ?

23 - Pour la déterminer, il convient de partir de deux éléments incontestables : le référé-suspension n'est pas un préjugement de l'affaire au fond (63) ; mais, au cours de la procédure de référé, le magistrat qui a organisé une audience publique et qui a statué sur la condition relative au doute sérieux s'est nécessairement forgé une opinion sur le bien-fondé de la prétention au fond, en l'état de la procédure au principal au moment où l'ordonnance a été rendue. La première circonstance est de nature à justifier le cumul, mais la seconde est de nature à l'exclure, comme l'a jugé la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans son arrêt précité du 18 novembre 2003. La question fondamentale est alors la suivante : le juge du référé-suspension anticipe-t-il le fond de l'affaire d'une manière telle que le justiciable soit fondé à croire que l'appréciation portée au provisoire sera maintenue lors de l'examen au principal ? En d'autres termes, l'issue du recours au fond paraît-elle prédéterminée par l'ordonnance de référé ?

Pour répondre à cette question, en ayant à l'esprit que le juge du fond n'est pas lié par ce qui a été provisoirement décidé, il faut s'interroger sur la possibilité pour le juge des référés de changer d'opinion au cours de la procédure au principal, alors que lorsque la procédure contradictoire a été engagée, le juge des référés est aussi complètement - voire mieux - renseigné sur les éléments de fait et de droit constituant le litige, puisqu'à une instruction

écrite est venue s'ajouter l'audience publique, au cours de laquelle les parties peuvent être librement interrogées et prendre librement la parole, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'un recours au fond.

24 - La demande de suspension est accessoire à la demande au principal. A ce titre, cette dernière présente nécessairement des liens avec la première, en même temps qu'elle comporte des conditions de recevabilité et de bien-fondé qui lui sont propres. Ces deux cas de figure doivent être soigneusement distingués.

En premier lieu, il est des hypothèses dans lesquelles le juge du référé-suspension examine la demande d'une façon absolument autonome par rapport à la demande au fond. Tel est le cas lorsqu'il se prononce, au titre du bien-fondé de la demande en référé, sur la condition d'urgence ou encore, au titre de la recevabilité de cette demande, sur la production d'une copie de la requête au fond (64). La circonstance que le juge des référés ait rejeté la demande sur l'absence d'urgence ou en raison d'une irrecevabilité qui lui serait intrinsèque, ou à l'inverse qu'il ait admis l'urgence ou la recevabilité de la demande en référé, ne peut faire obstacle à ce que le magistrat en cause puisse statuer au fond : l'appréhension de l'urgence, purement factuelle, ne préjudicie pas de la pertinence des moyens de légalité ultérieurement examinés par le juge du fond ; l'irrecevabilité prononcée pour des raisons propres à la demande en référé, tenant par exemple à la circonstance que le demandeur n'a pas introduit de requête à fin d'annulation ou de suspension (65), n'a pas de lien avec l'objet de la demande au principal. Ici, la nature des questions tranchées ne coïncide pas avec celle dont le juge du fond est saisi ; le principe d'impartialité ne peut faire obstacle au cumul des fonctions.

Dans toutes les autres hypothèses, et en second lieu, le juge des référés est conduit, en raison de son office, à prêter attention à la demande au fond. Tel est le cas lorsqu'il décide que la demande de suspension ne peut être accueillie en raison de l'irrecevabilité de la demande au fond (V. *infra*, § 31 et 32) ou lorsqu'il examine si l'un des moyens invoqués dans la demande en référé est de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de la décision critiquée (66). Ici, il nous semble que l'exigence d'impartialité oblige en principe le juge des référés à ne pas siéger au fond.

25 - Toutefois, cette règle du non-cumul ne saurait être absolue ; il importe de ne pas succomber à la tyrannie de l'apparence. Comme l'a indiqué le commissaire du gouvernement Glaser dans ses conclusions sur l'avis *Cne de Rogerville*, rien ne peut justifier que seuls des ignorants participent à la formation de jugement. Il nous semble que deux tempéraments devraient pouvoir être opposés à la règle de l'interdiction du cumul lorsque le juge du référé-suspension s'est prononcé sur la condition tenant au doute sérieux.

En premier lieu, l'impartialité ne peut faire obstacle au cumul des fonctions que si les éléments soumis au juge des référés sont identiques à ceux soumis au juge du fond puisque, dans un tel cas de figure, il paraît peu vraisemblable que le juge du provisoire ne confirme pas l'appréciation qu'il avait portée *prima facie* sur la légalité de la décision litigieuse (67). C'est d'ailleurs en ce sens que des juridictions judiciaires ont interprété les arrêts de la Cour de cassation du 6 novembre 1998 : le cumul est autorisé dès lors qu'une formation collégiale « a pu se prononcer au fond au vu d'autres éléments que ceux initialement soumis au juge des référés » (68) ou que les « éléments d'appréciation » fournis au juge des référés et à la formation collégiale ne sont pas « les mêmes », car autrement « il existerait des raisons sérieuses et objectives de craindre que le juge se borne à reproduire alors la motivation retenue dans l'instance aux fins de provision » (69). C'est dans le même sens que s'est prononcé le Conseil d'Etat de Belgique dans son arrêt précité du 14 décembre 2000, le cumul étant en principe interdit si le juge des référés s'est prononcé sur le sérieux des moyens invoqués, « à moins que des éléments neufs de nature à modifier cette appréciation ne soient versés au dossier », puisque, dans le cas contraire « le justiciable est fondé à redouter que le magistrat qui a porté cette appréciation ne persiste à les trouver peu convaincants lorsqu'il est appelé à statuer sur le recours en annulation ». En outre, dans de nombreux arrêts, la Cour européenne a condamné le cumul des fonctions lorsque le juge du provisoire s'était prononcé sur le bien-fondé de la prétention sur la base d'éléments ne différant pas substantiellement de ceux soumis au juge du principal (70) ou à l'inverse n'a pas vu d'obstacle au cumul lorsque

les éléments d'appréciation sur la base desquels le juge des référés s'est prononcé différaient de ceux, plus étoffés, soumis au juge du principal (71) - dès lors naturellement que la prise de position au provisoire ne pouvait s'analyser comme un préjugement. Enfin, dans l'arrêt *Hakkar*, la Section du contentieux a insisté sur la circonstance que la demande d'aide juridictionnelle ne doit être accompagnée, aux termes de l'article 33 du décret d'application du 19 décembre 1991 de la loi du 10 juillet 1991 précitée, que d'un « exposé succinct » des motifs de la demande en justice et d'une « description sommaire » du différend existant, de sorte que l'autorité saisie de la demande d'aide juridictionnelle ne dispose pas de l'intégralité des éléments lui permettant de se forger une opinion précise sur le bien-fondé de la procédure pour laquelle l'aide juridictionnelle a été sollicitée. Comment en effet considérer que le juge du provisoire a anticipé la solution de l'affaire au fond ou s'est forgé une conviction lorsque les arguments avancés devant le juge du fond ne sont plus les mêmes que ceux qui l'étaient devant lui ? L'objection opposée à l'encontre d'une telle solution par certains auteurs, qui ont considéré que « le développement du débat contradictoire [ne pourrait pas] amener le juge à modifier l'opinion provisoire qu'il a eue sur le fond du litige » car « le principe d'impartialité ne se confond pas avec le respect de la contradiction » (72), ne paraît pas opérante dès lors que ce n'est pas le principe du contradictoire, mais bien celui d'impartialité en tant qu'il n'est pas atteint, qui permet le cumul.

En second lieu, et dans la même perspective, l'interdiction du cumul devrait connaître une exception lorsque le juge des référés a rejeté la demande au titre de la procédure « de tri » de l'article L. 522-3 CJA. Cette dernière implique en effet une appréciation sur le caractère « manifestement » infondé ou irrecevable de la requête ; elle ne peut s'opérer qu'au regard des pièces produites par le demandeur, le défendeur n'ayant par définition pas introduit de mémoire en défense dans le cadre de la procédure d'urgence (73). L'appréciation à laquelle se livre le juge des référés est donc particulièrement sommaire et aléatoire ; elle ne présume pas de ce que pourrait être la position du magistrat s'il était appelé à siéger au fond.

26 - En définitive, selon nous, les deux caractéristiques des procédures de référé tenant au caractère provisoire des mesures ordonnées et à la circonstance que celles-ci sont dépourvues de l'autorité de la chose jugée ne peuvent à elles seules faire échec au cumul des fonctions lorsque le juge du référé-suspension s'est prononcé sur la condition tenant au doute sérieux ; doit être pris en compte un troisième élément, de nature à permettre au juge des référés de modifier sa lecture sommaire du dossier à l'occasion de l'examen du fond, tenant à l'absence de cristallisation du débat contentieux en référé. C'est ainsi que le juge des référés pourra ensuite siéger au principal si le dossier de fond s'est étoffé, au cours de son instruction, par l'intervention d'éléments nouveaux soumis par le demandeur (si la demande en référé a été rejetée) ou par le défendeur (si le juge des référés a accordé la mesure demandée), la notion d'élément nouveau pouvant ici parfaitement être interprétée dans le sens concordant que lui donnent l'article L. 521-4 CJA et la jurisprudence relative à la réouverture de l'instruction après la production d'une note en délibéré (74), l'une ou l'autre partie devant invoquer une circonstance de fait ou de droit inédite par rapport à celles avancées en référé (75).

## II - Les limites au cumul des fonctions au provisoire et au fond

27 - Dans l'avis *Cne de Rogerville*, le Conseil d'Etat rappelle que, en application des règles du déport, tout magistrat qui estime en conscience ne pouvoir siéger dans une affaire, lorsqu'il a par exemple publiquement ou notoirement montré de la partialité ou de l'animosité à l'encontre de l'une des parties, a l'obligation de se récuser lui-même en application de l'article R. 721-1 CJA, cette règle valant évidemment pour le juge des référés éventuellement appelé à siéger au fond. Surtout, la Section du contentieux a posé des limites au principe du cumul des fonctions applicables au juge du référé-suspension (A) dont il peut être déduit des conséquences pour d'autres référés (B).

### A - Les limites au cumul tenant à l'office du juge du référé-suspension

28 - L'avis *Cne de Rogerville* réserve explicitement le cas où, outrepassant son office, le juge du référé-suspension aurait préjugé le fond (1), et implicitement le cas où ce juge se serait prononcé sur la recevabilité de la requête au principal (2).

1 - L'existence d'un préjugement : la prise de position « au fond » dans l'ordonnance 29 - La Section du contentieux a réservé l'hypothèse où, outrepassant les limites de son office, le juge des référés « aurait préjugé l'issue du litige », auquel cas il ne pourrait statuer au fond sans méconnaître le principe d'impartialité.

Il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école. Il arrive en effet, certes rarement, que, eu égard à ses termes (76) parfois énergiques, l'ordonnance de référé se transforme en un préjugement, en ce sens que le juge du référé-suspension se prononce sur la légalité de la décision litigieuse d'une façon comparable à celle du juge du fond - ce dernier conservant en tout état de cause une entière liberté pour statuer. Quelques exemples isolés peuvent être donnés, dans lesquels le juge des référés a été très loin dans son appréciation du doute sérieux, en jugeant par exemple que le défaut de versement à un fonctionnaire pendant plusieurs mois du traitement auquel il a droit « est constitutif d'une illégalité » (77) ou, à l'inverse, qu'une décision de refus de visa « n'est pas (...) entachée d'erreur manifeste » (78), ou encore que le vote de l'assemblée de la Polynésie française sur une motion de censure qui n'était pas signée par le cinquième des membres de l'assemblée, alors que celle présentée simultanément par plus du cinquième des membres de l'assemblée n'avait pas fait l'objet d'un vote formel, « doit être regardé comme l'adoption d'une censure qui résultait des deux motions prises ensemble » (79). L'on peut aussi imaginer, même si le cas sera plus complexe, que les indications données par le juge des référés au cours de l'audience publique puissent aller au-delà de ce que lui impose son office, et qu'à cette occasion il prenne nettement position sur la légalité de la décision litigieuse. En anticipant ainsi sur la décision du juge du fond, le juge du référé-suspension se disqualifierait lui-même pour statuer au fond.

30 - Au regard de ce qui vient d'être dit, la décision *Hakkar* lue le même jour que l'avis *Cne de Rogerville* suscite un certain malaise. La Section du contentieux a jugé que « eu égard à l'office attribué au magistrat appelé à statuer sur une demande d'aide juridictionnelle - et sous réserve du cas où il apparaîtrait que, allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige -, la circonstance que le même magistrat se trouve ultérieurement amené à se prononcer sur la requête pour la présentation de laquelle l'aide juridictionnelle avait été sollicitée est, par elle-même, sans incidence sur la régularité de la décision juridictionnelle statuant sur cette même requête ». On retrouve logiquement dans la décision du 12 mai 2004 la même réserve que celle figurant dans l'avis rendu le même jour, tenant à l'existence d'un dépassement de son office par le juge du provisoire. Or, en l'occurrence, le président du Tribunal administratif de Besançon s'était prononcé, en application de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991, sur la demande d'aide juridictionnelle à titre provisoire, pour la rejeter, sur le fondement de l'article 7 de cette loi, le 5 novembre 2003, soit la veille de l'ordonnance de rejet qu'il rendait sur le référé-liberté introduit par l'intéressé et au motif suivant : « La requête en référé présentée par M. Hakkar sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 CJA est dénuée de fondement » (80). Le président du tribunal administratif prenait ainsi très explicitement position sur le bien-fondé de la demande de référé-liberté ; la réserve posée dans la décision *Hakkar* lui paraissait donc pleinement applicable, en ce sens qu'il s'était disqualifié lui-même pour statuer sur la demande de référé-liberté (81) ! En ne censurant pas au cas d'espèce le cumul des fonctions, le Conseil d'Etat laisse craindre que l'exception au principe de la légalité du cumul ne soit qu'une coquille vide.

De façon plus générale sur ce point, il ne paraît pas être de bonne justice qu'un magistrat, fût-il le président d'une juridiction, se prononce sur l'attribution du bénéfice de l'aide juridictionnelle avant de statuer sur la demande de référé-liberté. En effet, cette dernière doit être traitée dans le délai de quarante-huit heures, alors que l'urgence évoquée par la loi de 1991 dans le traitement des demandes d'aide juridictionnelle provisoire n'est pas aussi précisément définie. Par suite, il conviendrait que le président du tribunal administratif se prononce, à l'occasion de l'ordonnance de référé-liberté, sur l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle (82).



2 - La prise de position sur la recevabilité de la requête au principal

31 - L'avis *Cne de Rogerville* ne règle pas toutes les questions relatives aux rapports entre le référé-suspension et la demande au fond, puisqu'il ne porte sur ce point que sur la condition du doute sérieux. Or, dans le cadre de l'article L. 521-1 CJA, il existe un autre point de concordance entre les demandes en référé et au principal que celui tenant à la légalité de la décision litigieuse, puisque le juge du référé-suspension peut prendre parti sur la recevabilité de la requête au fond. Certes, dans cette hypothèse également, le juge du fond n'est pas lié par l'appréciation en référé (83) ; mais, indépendamment de cette circonstance, inhérente à la nature même des procédures d'urgence, il n'en reste pas moins que le juge des référés prend position sur la recevabilité de la demande au fond d'une façon qui anticipe sur celle du juge du principal (84). Le juge des référés préjuge de la position du juge du fond quant à la recevabilité du recours au principal (85), de sorte que, eu égard à l'interprétation de l'article 6 § 1 Conv. EDH par la Cour européenne ci-dessus rappelée, même la production par les parties d'éléments nouveaux sur la recevabilité empêche le cumul. C'est d'ailleurs dans le sens de l'interdiction du cumul que s'est prononcé le Conseil d'Etat de Belgique dans son arrêt précité du 14 décembre 2000, en jugeant que l'article 6 § 1 Conv. EDH interdit au magistrat qui a statué en référé « sur la recevabilité du recours » de se prononcer ensuite au fond.

En pratique, cette interdiction ne trouverait à s'appliquer que lorsque le juge des référés s'est explicitement prononcé sur la recevabilité du recours au fond soit à la demande du défendeur (86), soit d'office. Sur ce dernier point, il importe de souligner que, à la différence du juge du principal, le juge du référé-suspension n'est tenu de relever d'office les éventuelles irrecevabilités dont serait entachée la requête au fond qu'à la double condition que cette irrecevabilité ressorte des pièces du dossier qui lui est soumis (c'est-à-dire qu'il n'a pas besoin d'ordonner de mesures d'instruction à ce sujet) et qu'elle ne soit pas régularisable (87). L'office ainsi allégé du juge des référés est justifié à la fois par la circonstance qu'il est le juge de l'évidence (88), et par la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle la recevabilité de la requête en annulation ou en réformation n'est pas une condition de la recevabilité du référé-suspension, mais une condition de son bien-fondé (89).

32 - Il reste encore à préciser que le rejet de la demande en référé selon la procédure de tri de l'article L. 522-3 CJA ne paraît pas justifier dans tous les cas, à la différence du rejet selon cette procédure lorsque le juge des référés a estimé qu'aucun des moyens n'était de nature à créer un doute sérieux, que le juge des référés puisse ultérieurement siéger au fond : il nous semble que lorsque ce juge a estimé, même dans le cadre de la procédure très expéditive du tri, que le recours au principal était irrecevable pour des raisons « objectives », tirées notamment de la forclusion du requérant, le cumul devrait être interdit puisqu'il existe de fortes probabilités que cette position soit suivie au fond et que le requérant n'ait pas d'autres éléments que ceux avancés en référé à produire devant le juge du principal (90) ; par contre, lorsque le juge des référés estime, dans le cadre de la procédure de tri, que le recours au principal paraît irrecevable pour des raisons « subjectives », tenant au requérant, l'ordonnance de référé ne peut être analysée comme un préjugement et il appartient au requérant de faire état devant le juge du fond d'éléments de nature à démontrer par exemple sa capacité ou son intérêt à agir.

B - Les limites au cumul tenant à l'office du juge des référés dans le cadre d'autres procédures provisoires

33 - Certains référés ne posent guère de difficultés au regard de l'exigence d'impartialité. Tel est le cas lorsqu'il « n'est rien demandé de plus que la constatation de faits » au juge du référé-constat de l'article R. 531-1 CJA. D'autres sont un peu plus problématiques : ainsi, s'il est vrai que le juge du référé-instruction ne prend pas position sur le bien-fondé d'un éventuel recours au fond, puisque, aux termes de l'article R. 532-1 CJA, il peut, « sur simple requête et même en l'absence de décision administrative, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction », ce juge peut être conduit à se prononcer sur la recevabilité des actions contentieuses engagées ou susceptibles de l'être afin d'apprécier la condition d'utilité de la mesure sollicitée (91) ; dans cette hypothèse, et à supposer qu'il soit formé, le juge des référés ne devrait plus pouvoir siéger au principal eu égard à ce qui a été dit ci-dessus (92). Enfin, la mise en oeuvre de deux autres types de référés pourrait soulever de sérieuses

difficultés au regard de l'exigence d'impartialité, puisqu'ils peuvent être analysés comme constituant des préjugements lorsque le juge du référé statue sur la légalité de la décision susceptible d'être déférée au juge du fond. Mais, alors que pour les référés provision et mesures-utiles la prohibition du cumul devrait être indépendante du sens de l'ordonnance (1), l'on peut imaginer que le juge du référé-liberté ne puisse ultérieurement siéger au fond que s'il a fait droit à la demande de référé (2).

1 - L'interdiction du cumul pour le juge du référé-provision et du référé mesures-utiles

34 - Selon l'article R. 541-1 CJA, « le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ». Eu égard à l'avis *Cne de Rogerville*, la question de savoir si un juge du référé-provision peut ensuite siéger au fond semble pouvoir être résolue positivement : dans le cadre des articles R. 541-1 et L. 521-1 CJA, le juge des référés ne peut prendre que des décisions « à caractère provisoire » (93) et donc qui ne lient pas le juge du fond, à supposer que ce dernier soit saisi ; il n'est pas saisi du principal et son ordonnance n'est pas revêtue de la chose jugée ; le juge du principal, s'il est saisi, se prononcera au vu d'une instruction distincte de celle au vu de laquelle le juge des référés a statué.

Toutefois, d'une part, il peut arriver que le requérant forme, parallèlement à sa demande indemnitaire au fond, une demande de provision devant le juge des référés. Le Conseil d'Etat a alors considéré qu'un juge du référé-provision est tenu de statuer sur les moyens en défense tendant à démontrer que l'obligation invoquée en demande est sérieusement contestable, quand bien même ces moyens se rapportent au bien-fondé de l'obligation en cause et touchent donc au fond du litige (94). En d'autres termes, le juge du référé-provision ne peut fonder sa décision autrement qu'en entrant, même si c'est prudemment et à titre provisoire, dans le fond du litige, qui portera le plus souvent sur l'existence ou l'absence d'obligation. Il a par exemple été jugé qu'un hôpital qui n'a pas soumis à un examen psychiatrique et à une surveillance renforcée un patient admis après une tentative de suicide a commis une faute de nature à engager sa responsabilité, dont se déduit une obligation non sérieusement contestable (95) ; à l'inverse, l'obligation au paiement d'une indemnité de la commune de Cap-d'Ail doit être regardée comme sérieusement contestable dès lors que la délibération autorisant la signature de la convention sur laquelle elle se fonde n'a pas été transmise au préfet, de sorte que cette convention est illégale (96).

Il ressort de ces exemples que le juge du référé-provision est appelé à exercer « une forme de pré-jugement de l'affaire » (97), comme le reconnaissent des membres du Conseil d'Etat, des avocats aux Conseils (98) ou la doctrine (99). Appliqué à la question du cumul des fonctions, ce constat implique, comme l'a jugé la Cour de cassation dans l'affaire *Sté Bord Na Mona* du 6 novembre 1998, que le juge du référé-provision qui s'est prononcé sur le caractère non sérieusement contestable de l'obligation dont se prévaut le créancier ne saurait en principe siéger au fond, sauf à entacher de partialité la formation de jugement, puisque, pour reprendre les termes de la Cour européenne, « l'écart entre la question à trancher [au provisoire] et le problème à résoudre à l'issue du procès devient alors infime » (100). Eu égard au caractère anticipatoire sur la décision au fond que revêt le référé-provision, il nous semble que l'exception à l'interdiction de principe du cumul dégagée pour le référé-provision par certaines juridictions judiciaires, lorsque des éléments nouveaux sont produits au fond (101), ne peut être transposée dans le contentieux administratif, comme il ressort de l'arrêt *Hauschildt* précité de la Cour européenne, et même si, comme le juge du référé mesures-utiles, celui du référé-provision peut statuer sur la demande sans tenir d'audience publique, c'est-à-dire sans être aussi bien informé sur le « fond » du dossier que le juge du référé-suspension.

35 - Une solution identique devrait être appliquée, dans certains cas, au juge du référé mesures-utiles. Selon l'article L. 521-3 CJA, « en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'une décision

administrative ». Le Conseil d'Etat a jugé que « lorsque le juge des référés est saisi, sur le fondement de ces dispositions, d'une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public, il lui appartient de rechercher si, au jour où il statue, cette demande présente un caractère d'urgence et ne se heurte à aucune contestation sérieuse ; que, s'agissant de cette dernière condition, dans le cas où la demande d'expulsion fait suite à la décision du gestionnaire du domaine de retirer ou de refuser de renouveler le titre dont bénéficiait l'occupant et où, alors que cette décision exécutoire n'est pas devenue définitive, l'occupant en conteste devant lui la validité, le juge des référés doit rechercher si, compte tenu tant de la nature que du bien-fondé des moyens ainsi soulevés à l'encontre de cette décision, la demande d'expulsion doit être regardée comme se heurtant à une contestation sérieuse » (102). En d'autres termes, lorsqu'un juge du référé mesures-utiles a statué sur la demande au regard des seules conditions d'urgence et d'utilité, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'il se prononce ensuite au fond (103) ; par contre, lorsqu'elle s'est prononcée sur l'existence d'une contestation sérieuse, et même si le juge des référés ne statue qu'en l'état de l'instruction, l'ordonnance pourrait s'analyser comme un préjugement de nature à interdire le cumul - pour autant que la demande au fond se rapporte aux mêmes faits et mette en cause les mêmes points de droit que ceux examinés par le juge du référé mesures-utiles.

## 2 - L'interdiction partielle du cumul pour le juge du référé-liberté

36 - Le juge du référé-liberté considère qu'il n'a le pouvoir de faire droit à la demande de mesure provisoire qu'à la condition d'avoir constaté au préalable « que cette mesure est entachée d'une illégalité manifeste dont découle une atteinte grave à une liberté fondamentale » (104). L'emploi du temps présent (« est ») montre que le juge du référé-liberté porte sur le bien-fondé de la demande une appréciation en tous points comparable à celle que pourrait avoir le juge du fond. Ainsi, des juges du référé-liberté n'hésitent pas à relever, par exemple, que la décision litigieuse, par laquelle le maire a implicitement refusé de rétrocéder le bien immobilier des requérants, « porte atteinte à la libre disposition par ceux-ci du bien immobilier objet de la décision de préemption prise par l'autorité municipale le 17 juillet 2002 » et que la commune a commis des « agissements illégaux » vis-à-vis des demandeurs (105), ou qu'un « certificat médical est circonstancié, conformément aux prévisions [de l'article L. 3212-1 du code de la santé publique] » (106), ou qu'un préfet a établi une discrimination illégale entre deux associations (107), ou encore, à l'inverse, que le préfet « n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en se fondant sur les incidents qui viennent d'être exposés » ayant troublé l'ordre public, en prenant l'arrêt litigieux ordonnant la fermeture temporaire du débit de boissons exploité par la requérante (108) ; il est admis que c'est bien à la recherche d'une « illégalité commise par une personne publique » (109) ou chargée d'une mission de service public que doit se livrer le juge du référé-liberté.

Il ressort de ce qui précède que, lorsqu'il statue sur la condition d'une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale, le juge du référé-liberté anticipe ainsi sur la décision du juge du fond ; le référé-liberté constitue un préjugement (110).

37 - Cette affirmation mérite trois tempéraments. D'une part, le code de justice administrative ne confie pas un office aussi pointu au juge du référé-liberté, puisque l'article L. 521-2 CJA emploie le conditionnel, en prévoyant que le juge du référé-liberté peut faire droit à la demande de mesure provisoire si celle-ci est nécessaire « à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public (...) aurait (et non a) porté (...) une atteinte grave et manifestement illégale » ; d'autre part, et dans le même sens, le juge du référé-liberté qui se prononce dans le délai de quarante-huit heures ne peut qu'avoir une approche superficielle du litige et par suite s'en tenir plus encore que le juge du référé-suspension aux apparences ; enfin, le juge du référé-liberté ne pourrait par définition anticiper le fond puisque la procédure de l'article L. 521-2 peut précisément être engagée en l'absence de recours au principal.

Il faut s'attarder sur ce troisième tempérament, et donc sur la question de savoir si le référé-liberté et le recours au fond éventuellement formé, opposant les mêmes parties et mettant en cause les mêmes décisions, constituent ou pas la même affaire (111). En

réalité, tout est ici question d'espèce : si le juge du référé-liberté a fait droit à la demande de mesures provisoires, et donc a estimé fondé le moyen tiré de ce que l'acte ou le comportement litigieux porte atteinte de façon manifeste et grave à une liberté fondamentale, il semble évident que le demandeur, à l'occasion de l'éventuel recours au fond formé contre la même décision mise en cause par le juge des référés (112), réitérera le moyen retenu par le juge du provisoire, le principe d'impartialité s'opposant alors au cumul des fonctions. Mais, si le juge du référé-liberté n'a pas fait droit à la demande de mesures provisoires au motif qu'il n'y avait pas d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, rien n'interdit au demandeur de saisir le juge du fond contre la décision litigieuse en invoquant alors des moyens « classiques » de légalité, tirés par exemple du vice de procédure dont serait entachée la décision litigieuse ou de sa violation d'une règle de droit insusceptible d'être qualifiée de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 CJA. Dans cette dernière hypothèse, l'on ne voit pas pourquoi le juge du référé-liberté ne pourrait pas ensuite siéger au fond, puisqu'il n'aura pu par définition anticiper l'issue d'une affaire dont il n'avait pas connu en référé.

### Conclusion

38 - Les règles ci-dessus dégagées devraient naturellement s'appliquer, avec des conséquences organisationnelles plus redoutables, lorsque l'affaire en référé a été renvoyée à une formation collégiale ou encore lorsque, ce qui arrivera certainement, le Conseil d'Etat, après avoir annulé une ordonnance de référé et statué au titre de la procédure de référé engagée sur la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux, aura par la suite à connaître en cassation de l'affaire au fond (113) : dans ce cas, et à moins que des éléments nouveaux aient été produits au fond ou que les questions traitées ne soient pas analogues au provisoire et au fond, la chambre ou la sous-section qui aura connu de l'affaire en référé ne pourra statuer sur la requête au principal.

39 - Il est vrai que ces règles, à rebours de la solution simple dégagée par le Conseil d'Etat, ont pour effet d'obliger les tribunaux administratifs à faire « dans la dentelle », au cas par cas, en fonction d'une gradation selon l'intensité de la prise de position du juge du provisoire quant aux questions de légalité ultérieurement examinées, c'est-à-dire selon le degré de préjugement : lorsque cet examen de légalité est particulièrement expéditif, comme dans le cadre de la procédure de tri ou dans celui de l'aide juridictionnelle, que l'admission soit examinée à titre provisoire ou définitif, le cumul est toujours autorisé, à moins que ce premier examen de légalité n'aille au-delà de l'office du juge du provisoire ; lorsqu'il est relativement poussé, et même s'il ne constitue pas un préjugement, comme pour le référé-suspension, le cumul est interdit à moins que de nouveaux éléments soient produits dans la procédure au principal ; lorsque la procédure de référé s'analyse comme un préjugement, comme pour le référé-provision notamment, le cumul fonctionnel est toujours interdit, indépendamment de la circonstance que l'ordonnance de référé soit dépourvue de l'autorité de la chose jugée.

L'on ne voit pas qu'un tel schéma puisse bouleverser l'organisation des tribunaux administratifs, ni qu'il conduise le juge administratif à faire une application des référés d'urgence moins favorable aux demandeurs. En tout état de cause, il cherche à trouver un équilibre réaliste, dans le respect de la jurisprudence relative à l'exigence d'impartialité, entre les soupçons légitimes que peut avoir le justiciable et la liberté dont dispose le juge du fond, seul en charge de dire le droit, par rapport au juge du provisoire.

### Mots clés :

REFERE \* Référé administratif \* Composition \* Impartialité \* Provisoire et fond \* Cumul des fonctions

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX \* Procès équitable \* Tribunal impartial et indépendant \* Composition \* Référé administratif \* Provisoire et fond




(1) V. P. Cassia et A. Béal, La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés, JCP 2001, I, 317 (§ 44).


(2) La question de savoir s'il s'agit d'une même affaire ou d'une affaire connexe sera abordée *infra*, § 7, 8, 21, 24 et 37. Le défaut d'impartialité n'est avéré, s'agissant d'un magistrat dont les différentes fonctions laissent à penser qu'il a préjugé de l'affaire avant la tenue du procès, qu'à condition que les fonctions successives aient été exercées à propos de la même affaire, c'est-à-dire lorsque la décision dont l'annulation ou la suspension est demandée découle des mêmes faits et que les questions successivement examinées sont du même ordre.


(3) Assemblée nationale, Rapport n° 2002, 8 déc. 1999, p. 29.

(4) Sur l'ensemble des référés d'urgence auxquels renvoie le présent article, V. P. Cassia, Les référés administratifs d'urgence, LGDJ, coll. Systèmes, 2003.


(5) M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, Chron. p. 53 , ici p. 55-56.

(6) V., devant le juge judiciaire : F. Bussy, Nul ne peut être juge et partie, D. 2004, Chron. p. 1745  ; M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, préc. ; V. Magnier, La notion de justice impartiale, JCP 2000, I, 252 ; note M. Keller sous Cass. soc. 19 déc. 2003, D. 2004, Jur. p. 1688  ; note G. Chabot sous Cass. ass. plén., 24 nov. 2000 , Petites affiches, n° 94, 11 mai 2001, p. 16.


(7) CE Ass. 3 déc. 1999, *Didier*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2003, 14e éd., n° 110, p. 807 ; D. 2000, AJ p. 60 , obs. M. Boizard.


(8) V. par exemple : CE 7 janv. 1998, *Trany*, Lebon, p. 1 .

(9) Alors que la Cour européenne avait initialement estimé que l'atteinte au principe d'impartialité pouvait être détectée indépendamment du rôle exact joué par le magistrat qui avait exercé des fonctions juridictionnelles successives : CEDH 1er oct. 1982, *Piersack*, série A, n° 53 ; 26 oct. 1984, *De Cubber*, série A, n° 86.


(10) Rapport sur Cass. ass. plén. 6 nov. 1998, 2 arrêts, *Sté Bord Na Mona et Guillotel*, JCP 1998, II, 10198 ; D. 1999, Jur. p. 1 , concl. J.-F. Burgelin.

(11) *Ibid.* (§ 48)



(12) CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, série A, n° 154 (§ 50 et 52) ; et dans le même sens *a contrario*, autorisant le cumul : CEDH 23 mars 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal* (§ 37 à 41). Comme l'a rappelé le commissaire du gouvernement Seban, le principe d'impartialité interdit « la confusion de deux fonctions relevant d'offices judiciaires distincts, lorsque l'exercice de l'une de ces fonctions implique un « préjugement » sur ce qui devra être jugé dans le cadre de l'autre » : concl. sur CE Ass. 3 déc. 1999, *Didier*, RFDA 2000, p. 584 , ici p. 593.

(13) CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, n° 34130/96 (§ 47), D. 2001, Jur. p. 339 , Somm. p. 1062, ob. N. Fricero, et Somm. p. 1610, obs. M.-L. Niboyet, et Chron. p. 328, par C. Goyet.




(14) V. parmi une jurisprudence constante : CEDH 13 janv. 2000, *APIS c/ Slovaquie*, n° 39754/98 ; 6 juill. 2000, *Moura Carreira c/ Portugal*, n° 41237/98 ; 28 juin 2001, *Maillard Bous c/ Portugal*, n° 41288/98 ; 9 juill. 2002, *Richart-Luna c/ France*, n° 48566/99 ; V. aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le même sens : P. Cassia, L'autorité de la chose ordonnée en référé, JCP éd. A 2004, 1344, note 17.

(15) CE Sect. 28 févr. 2001, *Casanovas*, Lebon p. 107 . Sur l'ambiguïté de la jurisprudence du Conseil d'Etat, V. M. Levy, note sous TITSS, 9 avr. 2004, *IPP de Paris*, RTDSS (à paraître). Il résulterait du silence de l'arrêt *Hakkar* du 12 mai 2004 que la Section du contentieux aurait décidé que l'art. 6 § 1 Conv. EDH n'était pas opérant dans les procédures d'urgence, dans la mesure où le commissaire du gouvernement avait rappelé cette inopérance dans ses conclusions sur cette décision (C. Landais et F. Lenica, obs. sous l'arrêt *Hakkar*, AJDA 2004, p.




1354 , ici p. 1357). Or, outre qu'il n'est pas possible de déduire cette affirmation de la décision *Hakkar*, il est déjà arrivé ailleurs que dans l'affaire *Casanovas* qu'une formation collégiale contrôle l'office du juge des référés au regard de l'art. 6 § 1 Conv. EDH, alors même que le commissaire du gouvernement estimait que ce moyen était « sans doute inopérant » (concl. Devys sur CE 14 nov. 2003, *Mme Rouger-Pelatan*, Lebon tables p. 913 ).


(16) V. récemment : CE 3 déc. 2003, *Lazennec*, Lebon. p. 476 .

(17) V. par exemple : CE 19 avr. 2000, *Lambert*, n° 199641  ; Sect. 5 juill. 2000, *Rochard*, Lebon, p. 298  ; 30 juill. 2003, *Chatin Tsai*, AJDA 2003, p. 2045 , note J.-P. Markus. Alors que le moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la juridiction - c'est-à-dire de l'impartialité dite « objective » - revêt un caractère d'ordre public, celui tiré de l'impartialité subjective d'un magistrat ne l'est pas et relève de la voie de la récusation (arrêt *Rochard*, préc.).

(18) CE 15 oct. 1990, *Association pour le développement harmonieux de Saint-Gilles*, Lebon, p. 930 ; 3 déc. 2003, *Lazennec*, préc.


(19) CE 2 oct. 1996, *Cne de Sartrouville*, Lebon, tables p. 1101 .




(20) CE 24 oct. 1997, *El Alj*, Lebon, p. 1012 .

(21) CE Sect., 6 déc. 2002, *Ain-Lhout*, Lebon, p. 430 .


(22) CE Ass. 23 févr. 2000, *Sté Labor Métal*, Lebon, p. 83 .


(23) CE 16 janv. 2004, *Méry*, Dr. adm., mai 2004, comm. n° 85.


(24) CE 21 oct. 1966, *Sté française des mines de Sentein*, Lebon, p. 564 ; 17 avr. 1985, *Confédération des associations autonomes des sinistrés, expropriés et victimes de l'environnement et des calamités publiques*, Lebon, tables p. 736 ; 30 nov. 1994, *SARL Etude ravalement construction*, Lebon, tables p. 1125 .


(25) CE Sect. 2 mars 1973, *Mlle Arbousset*, Lebon p. 189 ; 30 nov. 1994, *Pinto*, Lebon, tables p. 1125  ; 30 juill. 1997, *Levy*, Lebon, tables p. 1013  ; 5 mars 2003, *Riss*, Lebon, p. 112 .


(26) CE Ass. 6 avr. 2001, *SA Entreprise Razel Frères*, Lebon, p. 176 .

(27) Toutefois, le Conseil d'Etat a récemment adopté une conception extrêmement souple du principe d'impartialité, en jugeant qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un tribunal administratif, auquel la cour administrative d'appel a renvoyé une affaire après annulation d'un premier jugement pour irrégularité, statue à nouveau sur cette affaire dans la même formation : CE Sect. 11 févr. 2005, *Cne de Meudon c/ Pace*, AJDA 2005, p. 660 , chron. C. Landais et F. Lenica.



(28) CE 9 avril 2004, *Ministre de l'Agriculture c/ Olard*, AJDA 2004, p. 1429 , note S. Hul.

(29) V. par exemple : CE 1er juill. 1991, *Bodin Robineau*, Lebon tables p. 1139 .

(30) CAA Paris 21 oct. 1999, *Territoire de la Polynésie française*, AJDA 2000, p. 275  et p. 233, obs. C. Lambert. Il convient de rappeler que la condition tenant à l'existence d'un moyen sérieux était interprétée comme obligeant le juge du sursis à rechercher si le moyen était fondé, de sorte que la décision provisoire devait s'analyser comme un préjugement, ce qui suffit à disqualifier la solution alors retenue par la cour administrative d'appel...

(31) CAA Bordeaux, plén., 18 nov. 2003, *Brada*, AJDA 2004, p. 98 , concl. Rey. Il est regrettable que la publication de cet arrêt ne reprenne pas son considérant de principe, ainsi rédigé : « Considérant qu'en vertu d'une règle générale de procédure applicable même sans

texte, un membre d'une juridiction administrative qui a publiquement exprimé son opinion sur un litige ne peut participer à la formation de jugement statuant sur le même litige ou sur le recours formé contre une décision statuant sur ce litige ; que cette règle s'applique au juge des référés lorsque, statuant seul sur une demande de suspension présentée sur le fondement de l'art. L. 521-1 CJA, il a pris position sur la validité des moyens susceptibles de justifier la suspension de l'exécution de la décision administrative litigieuse, alors même que cette position doit être prise dans les limites imposées par l'office du juge des référés ; que, dans un tel cas, ce magistrat ne peut participer à la formation de jugement statuant sur la légalité de ladite décision ».

(32) CE 22 janv. 2003, *Issa M'Trengoueni*, Lebon tables p. 941 . Les décisions prises par le président du tribunal administratif ou par le bureau d'aide juridictionnel sur les demandes d'aide juridictionnelle sont donc dépourvues de caractère juridictionnel, comme l'a d'ailleurs jugé la Cour de cassation : Cass., avis, 9 juill. 1993, D. 1994, Jur. p. 137 , obs. P. Laroche de Roussane.

(33) Cette loi prévoit que l'admission à l'aide juridictionnelle est prononcée par un bureau d'aide juridictionnelle ou, en cas d'urgence et à titre provisoire, par le président de ce bureau, par la juridiction compétente ou son président.


(34) Si le président du tribunal administratif s'était fondé sur le niveau de ressources du demandeur pour rejeter la demande d'aide juridictionnelle, il est évident que la question de la légalité du cumul de fonctions au provisoire ne se serait pas posée.

(35) Et non un appel, comme il a été écrit (C. Landais et F. Lenica, note sous arrêt *Hakkar*, préc., AJDA 2004, p. 1354).


(36) CE 10 déc. 2004, *Sté Resotim*, n° 270267 (à mentionner aux tables du Lebon). Il convient de souligner que, d'une part, le Conseil d'Etat a donc admis qu'une requête en tierce opposition puisse être valablement formée devant le juge des référés malgré l'existence d'un référé-réexamen prévu par l'art. L. 521-4 CJA (V. déjà implicitement : CE 25 juin 2004, *SA Colas*, n° 261264) et, d'autre part, que le Conseil d'Etat a ainsi « transposé » au contentieux administratif l'art. 587 NCPC, aux termes duquel « la tierce opposition est portée devant la juridiction dont émane le jugement attaqué. La décision peut être rendue par les mêmes magistrats ». L'on peut déduire de la décision du 10 déc. 2004 que le cumul des fonctions en référé, en particulier lorsque le juge des référés est saisi d'une demande de modification de l'ordonnance initiale en application de l'art. L. 521-4 CJA, ne méconnaît pas l'exigence interne d'impartialité (l'art. 6 § 1 Conv. EDH étant inopérant), bien qu'il s'agisse de la même affaire dont un magistrat a à connaître à deux reprises. A l'inverse même, il paraît judicieux que ce soit le magistrat ayant statué sur l'ordonnance initiale qui se prononce sur la demande de modification (V. P. Cassia, Le référé-réexamen devant le juge administratif, JCP 2003, I, 151, § 10), puisqu'il est le mieux placé pour reconsidérer sa décision au vu d'éléments nouveaux. D'ailleurs, l'on peut se demander si le principe interne d'impartialité est opérant sur cette question puisque, à l'occasion de la seconde ordonnance, le juge des référés ne prend pas position en faveur de telle ou telle partie, mais statue uniquement sur l'existence d'un élément nouveau de nature à mettre fin ou à modifier les mesures antérieurement ordonnées. Il convient enfin de signaler que la jurisprudence *Sté Resotim*, relative au référé-suspension, a été appliquée aux recours au fond : CE 5 janv. 2005, *Dpt de la Drôme*, n° 247005.

(37) CAA Paris 21 oct. 1999, *Territoire de la Polynésie française*, préc., *supra* note 30.

(38) Concl. inédites sur CE Sect. 6 févr. 1970, *Entreprise de transports et de distribution d'électricité*, Lebon, p. 99.

(39) D. Lanz, Le juge du référé-suspension peut-il juger le fond ?, AJDA 2004, p. 521 , ici p. 522.

(40) V. la chronique de R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle sous CE Sect. 6 févr. 1970, *Entreprise de transports et de distribution d'électricité*, AJDA 1970, p. 225, ici p. 226.

(41) K. Butéri, La participation du juge des référés à la formation de jugement au fond, D. 2004, Chron. p. 2586 , ici p. 2588.

(42) C. Landais et F. Lenica, note préc. sous *Cne de Rogerville*, AJDA 2004, p. 1356.


(43) CEDH 21 mai 1996, *Thomann c/ Suisse* (§ 36). Il faut toutefois souligner que la Cour européenne n'invoque cet argument qu'à titre surabondant (« Du reste... »).

(44) D. Lanz, chron. préc.

(45) V. Assemblée nationale, rapport n° 2002, préc., p. 32, sur « l'exigence d'expérience » pour pouvoir exercer les fonctions de juge des référés.

(46) V. par ex., rejetant le moyen tiré de ce que le magistrat délégué, conseiller de tribunal administratif, aurait été sans qualité pour remplir les fonctions de juge des référés dans la mesure où il ne ressort pas des pièces du dossier que, à la date à laquelle a été rendue l'ordonnance attaquée (le 24 décembre), ses collègues remplissant la double condition d'âge et d'ancienneté n'aient pas été absents ou empêchés : CE, réf., 20 janv. 2005, *Cne de Saint-Cyprien*, n° 276475 (à mentionner aux tables du Lebon).

(47) K. Butéri, chron. préc.

(48) P. Fombeur et J.-L. Mattera, Les tribunaux administratifs dans la société française contemporaine, AJDA 2004, p. 625 , ici p. 639.

(49) V. P. Cassia, préc., JCP éd. A 2004, 1344.

(50) V. P. Cassia, préc., JCP 2003, I, 151, § 14.


(51) CE 17 mars 2004, *SCI Bord de Mer* et *Cne de Saint-Tropez*, n° 257650 et 257710.

(52) CE, réf., 13 oct. 2004, *Hoffer*, n° 273046 (à mentionner aux tables du Lebon).

(53) Cass. crim. 16 juin 1988, Bull. crim., n° 279.


(54) V. notamment en ce sens : J. van Compernelle, Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire, in *Mélanges P. Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 935, ici p. 939-940 ; M.-A. Frison-Roche, chron. préc., D. 1999, p. 55-56.

(55) J. van Compernelle, note sous CE belge, 13 déc. 2000, *A.S.B.L. Ecole Notre-Dame de la Sainte-Espérance*, RTDH 2001, p. 1269, ici p. 1278.

(56) C. Landais et F. Lenica, note préc., AJDA 2004, p. 1354 ; et dans le même sens : A. Cabanes et A. Robbes, L'impartialité objective du juge en Europe, AJDA 2004, p. 2375 , ici p. 2379.

(57) « Attendu qu'en imputant à M. Guillotel la rétention injustifiée d'un solde de travaux, la société Castel et Fromaget a, dans un premier temps, engagé une procédure de saisie conservatoire entre les mains d'un tiers ; qu'une décision judiciaire ayant autorisé cette mesure, M. Guillotel a présenté au juge des référés une première demande de mainlevée (...) » (non souligné) ; V. toutefois le rapport précité du conseiller Sargos, qui indique qu'en l'occurrence le juge des référés a dû apprécier si le créancier justifie « d'une créance paraissant fondée dans son principe » (p. 2121). Mais, ce faisant, le juge des référés n'a en tout état de cause pris position sur le bien-fondé de la créance que d'une manière extrêmement sommaire, comparable toutes choses égales par ailleurs à celle pratiquée lorsqu'une demande de référé est rejetée au titre de la procédure de tri ou lorsqu'il est statué sur une demande d'aide juridictionnelle ; l'intensité de la prise de position du juge civil des référés dans l'affaire *Guillotel* quant au bien-fondé de la créance est nettement moindre que

celle à laquelle procède le juge du référé-suspension qui a tenu une audience publique.

(58) Cass. com. 9 oct. 2001, *Sté Unibéton*, D. 2001, AJ p. 3530 , obs. E. Chevrier : « (...) en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires, ce dont il devait être déduit qu'il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité (...), [l'arrêt de cour d'appel ayant admis ce cumul des fonctions doit être annulé] ».


(59) CE belge, 13 déc. 2000, préc.


(60) Art. 11 (7) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives : « Le juge qui a connu de la demande d'effet suspensif du recours ne peut plus siéger au fond » (Mémorial, A, n° 98, 26 juill. 1999, p. 1891-1900). Il pourrait toutefois être soutenu que, dans la mesure où les juges belge et luxembourgeois des référés sont conduits à apprécier le sérieux des moyens, ils sont amenés à se prononcer de façon plus marquée sur le fond du dossier que leurs homologues français, qui ne se prononcent que sur l'existence d'un « doute sérieux » : les juges belge et luxembourgeois des référés préjugeraient de l'affaire au fond, alors que tel n'est clairement pas le cas pour le juge du référé-suspension. Cette observation nécessite toutefois, pour être opérante, une analyse de la pratique des référés dans ces Etats. En tout état de cause, il suffit de rappeler, pour marquer la différence d'approche du principe d'impartialité entre celle applicable dans ces Etats et celle dégagée par le juge administratif français, que dans son arrêt précité *Territoire de la Polynésie française* du 21 oct. 1999, la Cour administrative d'appel de Paris avait admis, pour le juge du sursis à exécution, la légalité du cumul au regard de l'art. 6 § 1 Conv. EDH.

(61) Sur les ordonnances prises par le juge-commissaire durant la phase d'observation, V. le § 12 de l'affaire *Morel c/ France* ; sur la différence de portée et de nature entre ces ordonnances et la question de la viabilité du plan de continuation qu'avait à trancher la juridiction collégiale à laquelle participait le juge-commissaire, V. le § 48 de l'arrêt.

(62) CEDH 23 juin 1993, *Nortier c/ Pays-Bas* (§ 35).


(63) A la différence de l'ancien sursis à exécution, dans lequel le juge administratif était conduit (et est toujours conduit s'agissant du sursis à l'exécution des décisions juridictionnelles) à rechercher si les moyens étaient sérieux, c'est-à-dire s'ils étaient fondés.


(64) V. par exemple, décidant que le référé-suspension est recevable dès lors que, à la date où le juge des référés statue, le recours en annulation a été introduit : CE 15 oct. 2004, *Cne d'Andeville*, AJDA 2004, p. 2414 .

(65) Il s'agit là d'une irrecevabilité d'ordre public : CE 29 avril 2002, *Cne de Montsapey*, Lebon, tables p. 869 .

(66) Etant entendu qu'il est alors indifférent que le juge des référés décide que l'un au moins des moyens fait ou non naître un doute sérieux dans son esprit, c'est-à-dire que le sens de l'ordonnance de référé n'a pas d'incidence sur l'application du principe d'impartialité.

(67) Comme il a été relevé, « si toutes les questions traitées dans la phase provisoire coïncident avec les questions du fond, l'on pourrait dès lors considérer que la capacité du juge à exprimer une nouvelle appréciation est sujette à suspicion » : C. Moretti, Le cumul du provisoire et du fond par un même juge et l'impartialité requise par l'article 6 Conv. EDH, p. 247-261, in J. van Compernelle et Giuseppe Tarzia (dir.), *Les mesures provisoires en droits belge, français et italien*, Bruylant, Bruxelles, 1998, ici p. 257.

(68) CA Limoges 18 nov. 1999, D. 1999, IR p. 277 .


(69) CA Versailles 7 oct. 1999, D. 1999, IR p. 271 . V. sur ces arrêts : S. Guinchard (dir.),


Droit processuel, Dalloz, 2e éd., 2003, n° 392, p. 627.

(70) V. par exemple, relevant les « abondants et vigoureux éléments de preuve » sur la base desquels le juge des référés s'était prononcé : CEDH 25 oct. 2002, *Pellon c/ Espagne*, § 48.



(71) V. par exemple, autorisant le cumul au motif que le juge de la détention « apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si, de prime abord, les soupçons de la police ont quelque consistance, [alors que] lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut déterminer si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation » : CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, préc., § 50. V. aussi, soulignant « l'information plus complète » dont ont disposé les juges à l'occasion du réexamen de la même affaire, ce qui justifie l'absence d'atteinte au principe d'impartialité : CEDH 21 mai 1996, *Thomann c/ Suisse*, préc. (§ 35) ; sur l'importance de la production de « documents complémentaires » devant le juge du fond, V. encore : CEDH 6 juin 2000, *Morel c/ France*, préc. (§ 48) ; 23 mars 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, préc. (§ 38).

(72) J. van Compernelle, note sous CE belge, 13 déc. 2000, préc.

(73) CE Sect. 26 févr. 2003, *SCI Les belles demeures du Cap-Ferrat*, Lebon, p. 65 .

(74) CE 12 juill. 2002, *Leniau*, Lebon p. 278  ; 14 nov. 2003, *Rouger-Pelatan*, préc.

(75) La solution que nous proposons a pour effet pratique d'interdire au juge des référés d'être rapporteur de l'affaire, puisque par nature il n'est pas possible de prévoir si, après que l'ordonnance de référé a été rendue, le débat au fond va évoluer par rapport à celui qui a eu lieu en référé - à moins que le juge des référés ait rejeté la demande au titre de la procédure de tri de l'art. L. 522-3 CJA avant que les parties n'aient échangé leurs écritures au fond.

(76) Sur l'importance des termes employés dans la décision au provisoire au regard de l'art. 6 § 1 Conv. EDH, V. CEDH 22 avr. 2004, *Cianetti c/ Italie*, n° 55634/00 : « Certes, en se prononçant sur l'adoption des mesures de précaution, les juges mis en cause par le requérant ont apprécié sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons du parquet avaient quelque consistance et n'ont pas recherché si les éléments produits suffisaient pour asseoir une condamnation. Cependant, les termes utilisés dans les ordonnances litigieuses peuvent donner à penser qu'il existait des indices suffisants pour permettre de conclure qu'un délit avait été commis (...). Les mêmes magistrats ayant adopté ces ordonnances se sont ensuite prononcés sur la culpabilité du requérant. La Cour estime que, dans les circonstances de la cause, l'impartialité de la juridiction de jugement pouvait susciter des doutes sérieux. Les craintes du requérant à cet égard pouvaient donc passer pour objectivement justifiées » (§ 42 et 43). V. aussi dans le même sens : Cass. com. 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 345 ; D. 1993, Jur. p. 538 , note J.-L. Vallens : viole l'art. 6 § 1 l'arrêt qui déclare valable la citation délivrée au dirigeant d'une société en liquidation judiciaire « alors que le libellé de la citation et le contenu de la note dans laquelle [le président du tribunal] tenait pour établi le comportement fautif à ses yeux de la personne visée pouvaient apparemment laisser penser que le président de la juridiction de jugement ne disposait pas de l'impartialité objective du juge ». Et dans la jurisprudence administrative, en dehors toutefois des procédures d'urgence : CE 28 oct. 2002, *Laurent*, Lebon p. 361  : « le président de la commission de contrôle des assurances a (...) pris nettement position sur le non-respect, par les entreprises en cause, des obligations légales de solvabilité et sur d'autres comportements fautifs de M. Laurent, avant que la commission ne délibère, sous sa présidence, et ne prononce la sanction susmentionnée ; que, dans ces conditions, l'exigence d'impartialité doit être regardée comme ayant été méconnue par la commission » ; et dans le même sens a contrario : CE 10 mai 2004, *Chavanat*, n° 251090 (à mentionner aux tables du Lebon).

(77) CE, réf., 22 juin 2001, *Creurer*, Lebon tables p. 1018 .

(78) CE, réf., 27 janv. 2003, *Rafik*, Lebon tables p. 924 .

(79) CE, réf., 23 oct. 2004, *Hoffer et Temaru*, n° 273329 et 273331 (à publier au Lebon).










(80) Non souligné dans la décision de refus provisoire d'aide juridictionnelle.

(81) L'ordonnance du 6 nov. 2003 a été prise au visa « de la décision en date du 5 nov. 2003 rejetant, à titre provisoire, la demande d'aide juridictionnelle présentée par M. Hakkar ».

(82) C'est ainsi qu'il est d'ailleurs généralement procédé. V. par exemple, admettant provisoirement les requérants à l'aide juridictionnelle sur le fondement de l'art. 20 de la loi du 10 juill 1991 : TA Rennes, réf., 22 oct. 2001, *Vassilev*, n° 013089 ; TA Toulouse, réf., 5 mars 2002, *Sayah Habbaz*, n° 02/546.


(83) CE Sect. 9 déc. 1983, *Ville de Paris*, Lebon, p. 499, concl. B. Genevois.


(84) Ce dont témoigne le mode affirmatif employé par le Conseil d'Etat : « Considérant que lorsque la demande d'annulation d'une décision administrative faisant l'objet d'une demande de suspension (...) est irrecevable, il appartient au juge des référés, saisi en défense d'un moyen tiré de cette irrecevabilité, de rejeter la demande de suspension » (CE 1er mars 2004, *Socquet-Juglard*, n° 258505 , à mentionner aux tables du Lebon). Pour des exemples d'irrecevabilités de la requête au fond relativement à la jurisprudence dite des « décisions prématurées », V. CE 15 juin 2001, *Min. Economie c/ Sisquille*, Lebon, p. 263  ; Sect. 10 juill. 2002, *Min. Economie c/ SARL Grey Diffusion*, Lebon, p. 186  ; CE 5 juin 2002, *Le Meur*, n° 235357 ; CE 23 juin 2004, *Min. Economie c/ Vaissière*, n° 262878. Pour un exemple d'irrecevabilité de la requête au fond tirée de l'absence d'intérêt à agir, soit d'une association qui demandait la suspension de deux arrêtés accordant un permis de construire, soit d'un centre de formation qui demandait la suspension d'un arrêté ministériel, V. respectivement : CE 5 nov. 2004, *Association Bretagne littoral environnement urbanisme*, AJDA 2005, p. 109  ; CE, réf., 28 déc. 2004, *Ecole inter-régionale d'avocats des ressorts des Cours d'appel de Besançon, Dijon et Paris*, n° 275606 (à mentionner aux tables du Lebon ; en l'occurrence, le juge des référés n'admet que l'intérêt à agir partiel de la requérante). Pour un exemple d'irrecevabilité de la requête au fond tirée de ce que la requérante devant le juge du référé-suspension n'était pas recevable à demander au juge du contrat l'annulation de mesures prises par l'administration à son encontre : CE 28 juin 2004, *Ville de Blois*, n° 263711. Pour un exemple d'irrecevabilité de la requête au fond tirée de la forclusion des particuliers ou de l'association requérants : CE 23 févr. 2004, *Sté Juwi Eolienne*, AJDA 2004, p. 1559  ; CE 19 nov. 2004, *Bondil e. a.*, AJDA 2005, p. 55 . Enfin, pour un exemple moins convaincant d'irrecevabilité tiré de l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire : CE 10 déc. 2004, *Min. Défense c/ Vergne*, AJDA 2005, note P. Cassia (à paraître ).

(85) C'est ce que reconnaît par exemple le juge communautaire des référés : TPICE, ord., 15 oct. 2004, *Tillack c/ Commission*, aff. T-193/04 R, nep : « Selon une jurisprudence constante, le problème de la recevabilité du recours devant le juge du fond ne doit pas, en principe, être examiné dans le cadre d'une procédure en référé sous peine de préjuger l'affaire au principal ». Mais le président du tribunal ajoute aussitôt qu'il « peut, néanmoins, s'avérer nécessaire, lorsque l'irrecevabilité manifeste du recours au principal sur lequel se greffe la demande en référé est soulevée, d'établir l'existence de certains éléments permettant de conclure, à première vue, à la recevabilité d'un tel recours » (pt 32).

(86) Etant entendu que le juge des référés peut statuer sur la condition d'urgence et de doute sérieux « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de la requête au principal ».

(87) CE 1er mars 2004, *Socquet-Juglard*, préc.


(88) Ce qui se traduit par un contrôle de cassation limité à la dénaturation et à l'erreur de droit, et donc aux erreurs les plus flagrantes, duquel est exclu le contrôle de qualification juridique des faits à la différence du contrôle de cassation sur l'appréciation par le juge du fond de la recevabilité de la requête au principal : CE 7 mai 2003, *Cne d'Esparron-de-Verdon*, Lebon tables p. 925 .

(89) CE 11 mai 2001, *Cne de Loches*, Lebon tables p. 1099 ; V. Les référés administratifs d'urgence, préc., § 35, p. 38. Et, indiquant pour la première fois explicitement que lorsque la requête en annulation est irrecevable, « la demande de suspension doit être rejetée comme non fondée » : CE 19 nov. 2004, *Bondil e. a.*, préc.

(90) Par exemple, le juge du référé-suspension de la Cour administrative d'appel de Douai a rejeté, par ordonnance du 30 juin 2004, une demande de suspension au motif que la requête en appel était irrecevable puisqu'elle avait été enregistrée au-delà du délai franc de deux mois. Le recours en cassation formé contre cette ordonnance n'a pas été admis par le Conseil d'Etat (n° 271650).

(91) V. par exemple : CE 7 juin 2004, *Assistance publique à Marseille*, n° 252869 (à mentionner aux tables du Lebon) ; 7 juin 2004, *CHI de Fréjus-Saint-Raphaël*, n° 253043, à propos de l'incidence sur l'utilité des expertises demandées du caractère définitif des décisions expresses par lesquelles l'administration a rejeté des demandes préalables d'indemnisation formées par les intéressés. Et antérieurement dans le même sens : CE 10 mai 1957, *Sous-secrétaire d'Etat à la marine marchande*, Lebon, p. 306 ; CAA Lyon, 16 juill. 1997, *Espinosa*, Lebon, p. 571.

(92) Comp. CE 12 janv. 1983, *Guillemaut*, Lebon, tables p. 828 : « Considérant que l'un des juges qui ont concouru au jugement attaqué avait rempli les fonctions de commissaire du gouvernement lors du jugement avant dire droit du 19 janvier 1976, par lequel le tribunal administratif avait ordonné une expertise dans le même litige ; qu'ainsi la composition du tribunal administratif étant irrégulière, le jugement attaqué doit être annulé ».

(93) CE 9 févr. 2004, *Billerach*, AJDA 2004, p. 1150 , à propos du référé-provision.


(94) CE 9 févr. 2004, *Billerach*, préc.

(95) CE 29 déc. 1997, *CHR de Montpellier*, n° 144579.

(96) CE 8 févr. 1999, *Cne de Cap-d'Ail*, n° 185749.


(97) V. obs. G. L. C. sous CE 9 févr. 2004, *Billerach*, Dr. adm. 2004, comm. n° 83.

(98) J. Barthélémy, Les référés non subordonnés à la condition d'urgence, RFDA 2002, p. 272 , ici p. 274.

(99) J.-M. André, note sous CE 22 mars 1999, *Soudain*, D. 1999, Jur. p. 567 , ici p. 571.

(100) CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, préc., § 52.

(101) V. *supra*, § 25.

(102) CE Sect. 16 mai 2003, *SARL Icomatex*, Lebon, p. 228  ; 30 déc. 2003, *EURL Sochana*, n° 260429.

(103) Comme l'indique l'art. L. 521-3 CJA, le référé mesures-utiles n'est pas l'accessoire d'une procédure au fond. Toutefois, il peut arriver qu'un même acte soit contesté devant le juge du référé et au fond. Tel pourrait par exemple être le cas d'un arrêté municipal retirant ou abrogeant le titre autorisant une société à occuper le domaine public, que cette dernière pourrait contester à la fois en défense devant le juge du référé mesures-utiles si le maire a demandé que son expulsion soit ordonnée, et en qualité de demanderesse devant le juge du fond.

(104) CE, réf., 14 oct. 2004, *Arre*, n° 273047 (à mentionner aux tables du Lebon).

(105) TA Nice, réf., 22 janv. 2004, *Pesce*, n° 0400222.

(106) CE, réf., 26 juill. 2004, *Grimler*, n° 270302.


(107) TA Lyon, réf., 9 juill. 2004, *Assoc. Objectif solidarité et réinsertion*, n° 0404694.

(108) TA Nice, réf., 6 nov. 2004, *SARL Quai du Sud*, n° 045339.

(109) TA Nice, réf., 19 mai 2004, *Syndicat national de la navigation aérienne e. a.*, n° 0402505.

(110) Certains juges des référés veillent toutefois à rappeler qu'ils statuent en l'état de l'instruction. V. par exemple : TA Versailles, réf., 24 sept. 2004, *Bidoire*, n° 044654 : « en l'état du dossier la décision du préfet des Yvelines d'accorder le concours de la force publique ne peut être regardée comme entachée d'une illégalité grave et manifeste » ; TA Nantes, réf., 14 oct. 2004, *Badea*, n° 044509 : « en l'état de l'instruction, les décisions contestant rejetant l'admission au séjour des requérants, lesquelles se sont uniquement fondées sur un avis ainsi erroné, apparaissent entachées d'une erreur manifeste d'appréciation ».

(111) Selon la Cour européenne, il y a « même affaire » lorsque la première prise de position peut « raisonnablement s'interpréter comme exprimant des opinions sur des questions ultérieurement tranchées (...) ou comme un préjugement de ces questions » : CEDH 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas* (§ 201), Petites affiches, n° 44, 2 mars 2004, p. 9, note C. de Bernardinis.

(112) L'on peut imaginer l'hypothèse dans laquelle le requérant a formé un recours au fond contre la décision litigieuse, et a concomitamment ou postérieurement formé une demande de mesures provisoires auprès du juge du référé-liberté en demandant par exemple que l'exécution de cette décision soit suspendue parce qu'elle porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. V. aussi concl. Sénors sur CE 7 juill. 2004, *Communauté d'agglomération du Val-de-Garonne*, AJDA 2004, p. 1894 , qui commencent ainsi : « Les données de ce litige ne vous sont pas inconnues puisque vous avez eu à en connaître il y a deux ans dans le cadre d'une procédure de référé-liberté ».

(113) La Cour européenne n'a pas jugé critiquable, au regard de l'exigence d'impartialité, la circonstance que des conseillers de la Chambre criminelle de la Cour de cassation aient successivement statué, dans la même affaire, sur le pourvoi formé contre un arrêt de renvoi en cours d'assises et sur le pourvoi formé contre l'arrêt de condamnation, en raison « de la différence des questions soumises à la Chambre criminelle dans le cadre des deux pourvois » : CEDH 20 févr. 2004, *Depiets c/ France*, n° 53971/00 (§ 42).